EN LETRA

Derecho Civil y Comercial

Año III, Nº6
Diciembre de 2018
ISSN: 2525-0140

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

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

ISSN 2525-0140.

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

Editor responsable / correspondencia epistolar:

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

Correspondencia digital:

direccion@enletracyc.com

Diseño gráfico de las tapas confeccionado por Luciana PAPAZIAN.

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

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

Consejo Editorial

Directores

María Sol Blanco Granada

Jonathan Matías Brodsky

Secretaria de Redacción

Agustina Pérez

Editoras

Martina Bergamini

María Eugenia Borrajo

María Sol Dallochio

Comité Evaluador Externo

María Florencia Clément (Universidad Nacional del Litoral) | **Juan Manuel Colla** (Universidad de Buenos Aires) | **Francisco Ferrer Arroyo** (Universidad de Buenos Aires) | **Silvia Fernández** (Universidad Nacional de Mar del Plata) | **Norma García Martínez** (Universidad Nacional de La Pampa) | **Carolina Iud** (Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo) | **Luciane Klein Vieira** (Pontificia Universidade Católica de Campinas / Universidad de Buenos Aires) | **Eleonora Lamm** (Universidad Nacional de Cuyo) | **Juan Miguel Litvachkes** (Universidad Nacional de Córdoba) | **Rosalía Martínez Rial** (Universidad Torcuato Di Tella / Universidad del CEMA / Fordham University) | **Victoria Pellegrini** (Universidad Nacional del Sur) | **Christian Pettis** (Universidad de Buenos Aires) | **Elian Pregno** (Universidad de Buenos Aires) | **Nieve Rubaja** (Universidad de Buenos Aires / Universidad Nacional de José C. Paz / Universidad de San Isidro)

EN LETRA
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

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

***

Tres declaraciones y garantías:

1. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

2. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL es un espacio abierto y plural. Los autores podrán enviar libremente sus contribuciones más allá de cuáles sean las opiniones reflejadas en la obra. La calidad académica de los trabajos es el único parámetro relevante para su evaluación.

3. El uso de un lenguaje que no discrimine ni reproduzca esquemas discriminatorios entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de manifestar nuestro interés semántico en el idioma español. En este sentido, y para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a; los/las y otras formas sensibles al género con el fin de marcar la presencia de ambos sexos, el Consejo Editorial ha optado por utilizar la forma masculina en su tradicional acepción genérica, considerándola relativa tanto a hombres como a mujeres. No obstante, el criterio diverso que pudieran haber adoptado otros autores será respetado, y sus obras se publicarán de modo intacto en cuanto a este aspecto refiere.

ÍNDICE

EDITORIAL 1

COLUMNAS EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL

"Derechos fundamentales, privacidad y aplicaciones móviles médicas", *Lori* ANDREWS 2

"Los daños punitivos a diez años de su incorporación al Derecho del Consumidor Argentino", *Jonathan M.* BRODSKY 6

ARTÍCULOS

"El sistema contractual argentino contemporáneo", *Sebastián J.* COSOLA 16

"Las implicancias de la infidelidad en el Derecho de Daños", *Miguel W.* ARECHA 44

"El consumidor como parte en los contratos electrónicos. Su protección en Argentina y en España", *David L.* GIUNTI 75

"Autonomía progresiva y responsabilidad parental: una mirada desde el prisma de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes", *Martina* SALITURI AMEZCUA y *Carolina* VIDETTA 101

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN.....119

INDEX

EDITORIAL 1

EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL COLUMNS

"Fundamental Rights, Privacy and Health Care Mobile Apps", *Lori* ANDREWS.....2

"Punitive Damages Ten Years After their Rise in Argentine Law", *Jonathan M.* BRODSKY ... 6

ARTICLES

"Contemporary System of Contract Law in Argentina", *Sebastián J.* COSOLA.....16

"Implications of Infidelity in Tort Law", *Miguel W.* ARECHA 44

"The Consumers as Part of Electronic Contracts. Their Protection in Argentina and Spain", *David L.* GIUNTI 75

"Progressive Autonomy and Parental Responsibility in Light of the Human Rights of Girls, Boys and Adolescents", *Martina* SALITURI AMEZCUA & *Carolina* VIDETTA.....101

SUBMISSION GUIDELINES AND REVIEW PROCESS 119

EDITORIAL

Con la publicación del sexto número de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL concluimos el tercer año de vigencia de la Revista, honrando una vez más el compromiso asumido por el Consejo Editorial de publicar exclusivamente trabajos científicos de vanguardia sobre temas de actualidad jurídica.

Como ya es tradición, damos comienzo a este número con la sección de Columnas. La primera de ellas se encuentra a cargo de Lori Andrews y versa sobre la relación entre los derechos fundamentales, la privacidad y las aplicaciones móviles médicas. La segunda, de autoría de nuestro director, Jonathan M. Brodsky, analiza la figura de los daños punitivos, a una década desde que fuera receptado en nuestro país.

Un trabajo de Sebastián J. Cosola da inicio a la sección de artículos de la Revista. Allí, el autor aborda las inquietudes que se presentan en el sistema contractual argentino desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial.

A continuación, Miguel W. Arecha nos acerca un original sobre las implicancias de la infidelidad en el marco del Derecho de Daños. El estudio aborda el modo en que la infracción al deber de fidelidad incide al momento de admitir o rechazar aquellas acciones resarcitorias iniciadas por la parte damnificada.

Con el anteúltimo artículo de esta edición, David L. Giunti nos demuestra cómo la tecnología ha revolucionado el ámbito contractual dentro del área del derecho de consumo. Como parte de su investigación, el autor realiza un agudo análisis de derecho comparado sobre la protección del consumidor en los contratos electrónicos, en España y en Argentina.

Para dar cierre al número, contamos con un trabajo en coautoría de Martina Salituri Amezcua y Carolina Videtta, quienes reflexionan sobre las distintas formas en las que las personas menores de edad pueden expresar su autonomía de la voluntad dentro del ordenamiento jurídico, como así sobre los límites de dicha autonomía en la relación entre progenitores e hijos/hijas.

De esta manera damos por concluido el tercer año de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL, con la expectativa de que nuestros lectores disfruten al leer este número tanto como nuestro Consejo Editorial lo hizo al trabajar en su edición.

Consejo Editorial de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20 de diciembre de 2018

DERECHOS FUNDAMENTALES, PRIVACIDAD Y APLICACIONES MÓVILES MÉDICAS*

Lori ANDREWS**

I. Presentación

Hoy en día, los pacientes tienen más poder que nunca para enfrentarse a problemas de salud y bienestar. Pueden buscar información sobre salud online, administrar su salud a través de aplicaciones médicas, y hasta jugar a juegos relacionados con la medicina. Los padres pueden subir una foto de su niño enfermo a su página de Facebook y pedir ayuda para diagnosticarlo (AITKEN Y LYLE, 2015).

Pero si alguna vez usted investigó los efectos alternativos de una medicación online, mandó un mail a un pariente sobre su salud, indicó que le gusta una organización de servicios de salud en su página de Facebook o descargó una aplicación médica, es probable que recopiladores de datos hayan almacenado esa información sin su conocimiento ni consentimiento.

---

* Ponencia presentada en el marco del Séptimo Encuentro Anual de Lectores para la Justicia, titulado "Cómo leemos y cómo nos leen", el cual tuvo lugar el 8 de noviembre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Traducción al español por Josefina del Rosario Lago.

** *Lori Andrews is a Distinguished Professor of Law at Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, and Director of IIT's Institute for Science, Law and Technology. She has published widely on internet privacy, including her latest book, I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy (2013).*
Professor Andrews has been an adviser on medical technologies to the U.S. Congress, the World Health Organization, the National Institutes of Health, the U.S. Department of Health and Human Services, the Institute of Medicine of the U.S. National Academy of Sciences, and several foreign nations, including the Emirate of Dubai, the French National Assembly, and G8 Science Ministers. She received her B.A. summa cum laude from Yale College and her J.D. from Yale Law School.

Luego de esto, las presunciones que los recopiladores realizan sobre su salud son vendidas a empleadores, aseguradoras, agentes hipotecarios o terceros que pueden usarlas para realizar un trato discriminatorio contra usted. En una ocasión, un asegurador compró información sobre la salud de aproximadamente 3 millones de personas a un recopilador de datos (WIECZNER, 2013).

A nivel global, se espera que el negocio de la medicina móvil alcance los $132.2 mil millones para 2023 (P&S MARKET RESEARCH, 2018). ¿Cómo se puede regular este mercado emergente asegurando los derechos fundamentales? En la mayoría de los casos, las leyes y protocolos que existen hoy en día sobre la privacidad no protegen la información ingresada a las aplicaciones móviles.

En el Institute for Science, Law, and Technology en IIT Chicago-Kent College of Law realizamos una serie de estudios sobre aplicaciones móviles médicas. En los Estados Unidos, el 58% de los usuarios de smartphones han descargado alguna vez una aplicación sobre bienestar o salud (KREBS Y DUNCAN, 2015). Estas aplicaciones son programas de *software* con finalidades médicas que se puede usar usados en *smartphones*, *tablets* u otros aparatos electrónicos con acceso a Internet. Estas aplicaciones móviles médicas pueden ayudar a sus usuarios a diagnosticar, monitorear, administrar, tratar y prevenir problemas de salud y enfermedades (AITKEN Y LYLE, 2015). En algunas ocasiones, las aplicaciones suelen tomar el lugar de un doctor (FEDERAL TRADE COMMISSION LAW SERVICES, 2015). Si bien poseen beneficios, también conllevan riesgos, especialmente en cuanto a daños en la salud y cuestiones de privacidad.

En esta columna se discutirán nuestros estudios en aplicaciones médicas. Hemos analizado políticas de privacidad, descripciones de los permisos de los desarrolladores de las aplicaciones, y hemos rastreado a dónde las aplicaciones envían la información efectivamente. Usándolos en conjunto, Charles Proxy, Wireshark, Cygwin y Wakelock Detector nos permitieron interceptar todas las transmisiones entrantes y salientes, desencriptar transmisiones fácilmente encriptadas y determinar qué funciones de la aplicación eran ejecutadas en el dispositivo.

Analizamos un total de 211 aplicaciones médicas diseñadas para ayudar a los usuarios a controlar su diabetes, algunas de las cuales inclusive indicaban a los pacientes cuánta insulina tomar. Encontramos problemas en la calidad cuando las aplicaciones recomendaban administración de dosis sin tomar en cuenta las actividades que el usuario realizaba, cuál era su peso u otra información relevante.

Asimismo, encontramos una falta de privacidad, dado que sólo el 19% de las aplicaciones estudiadas tenían políticas de privacidad. Realizamos un estudio profundizado

sobre una muestra aleatoria de 65 aplicaciones para la diabetes en las cuales se observó una extracción secreta de información para ser compartida con terceras partes. El 86% de estas 65 aplicaciones colocaban *cookies* de rastreo en el dispositivo. El 76% de las aplicaciones sin políticas de privacidad enviaban información de los usuarios a recolectores de datos, mientras que esto sucedía en el 79% de las aplicaciones con políticas de privacidad. El hecho de que la aplicación tuviera una política de privacidad no se correspondía significativamente con la probabilidad de que la privacidad del usuario fuera vulnerada.

También realizamos un estudio sobre aplicaciones psiquiátricas, que requieren que los usuarios revelen información aún más potencialmente estigmatizante. De nuevo, encontramos problemas en la calidad y la privacidad. Por ejemplo, el 23% de las aplicaciones sobre bipolaridad pedía a los usuarios que indicaran sus medicaciones y las dosis consumidas para que pudieran ser aconsejados sobre probables interacciones negativas de las drogas. Cuando señalamos medicamentos que, tomados al mismo tiempo, habrían producido una interacción farmacológica fatal, sólo un tercio (33%) de las aplicaciones nos alertaron sobre la combinación potencialmente peligrosa. El otro 67% no dio aviso de que tomar esas dos drogas juntas podrían dañar o resultar en la muerte del usuario. Ninguna de las aplicaciones para controlar la ingesta de medicamentos nos alertó cuando indicamos la ingesta de una dosis letal de Litio (6000 mg). De hecho, una de las aplicaciones inclusive mostró un aviso promocionando un descuento especial para el usuario en la compra de Litio.

Sólo el 33% de las aplicaciones sobre bipolaridad tenían políticas de privacidad. El 70% divulgaba la información a empresas de marketing y análisis de datos.

II. Posibles cambios en las políticas

La información sobre las condiciones de salud de los pacientes se protege en los consultorios médicos por dos razones: para que los pacientes puedan ser honestos con los profesionales y así recibir el tratamiento adecuado, y para que no se vean discriminados en base a sus condiciones de salud. Esas mismas preocupaciones existen en el mundo *online*. Estudios muestran que las personas son reticentes a revelar información sobre su salud si conocen cuán vulnerable puede ser *online* (inclusive en situaciones en las que contar su estado de salud podría ayudarlos). Los actos discriminatorios florecen cuando la información online sobre la salud es vendida. Si usted usa una aplicación para la diabetes o publicó en un foro online sobre depresión, puede que sea rechazado en una entrevista de trabajo y nunca sepa por qué.

Una solución puede ser la divulgación obligatoria a los consumidores, que requiere que las aplicaciones avisen a los usuarios qué harán con la información obtenida. Pero,

¿quién lee los términos de servicio? Investigadores de Carnegie-Mellon concluyeron que le tomaría 30 días hábiles por año a una persona leer las políticas de privacidad de cada servicio online que utiliza de forma habitual (MCDONALD Y CRANOR, 2008). La mayoría de las personas sólo cliquean "aceptar".

Una mejor solución para proteger el derecho fundamental a la privacidad de los usuarios de aplicaciones médicas sería prohibir a los desarrolladores de las aplicaciones usar la información sobre la salud de los consumidores para marketing y prohibirles divulgar esta información a terceras partes distintas a los proveedores de salud de los consumidores.

Bibliografía

AITKEN, M. y LYLE, J. (2015) "Patient Adoption of mHealth: Use, Evidence and Remaining Barriers to Mainstream Acceptance", IMS Institute for Healthcare Informatics, septiembre 2015. Consultado en [https://www.iqvia.com/-/media/iqvia/pdfs/institute-reports/patient-adoption-of-mhealth.pdf?la=en&hash=B3ACFA8ADDB143F29EAC0C33D533B C5D7AABD689] el 07/08/2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION LAW SERVICES (2015) "A Cancer Detecting Mobile App? FTC Says No There's Not an App for That", FTC Law, 23 de Abril, 2015. Consultado en [http://www.ftclaw.com/2015/04/ftc-vs-mole-detective-and-melapp/] el 07/08/2018.

KREBS, P. y DUNCAN, D. T. (2015) "Health App Use Among US Mobile Phone Owners: A National Survey", JMIR Mhealth Uhealth, N°4, Vol. 3, e101. Consultado en [http://mhealth.jmir.org/2015/4/e101/] el 07/08/2018.

MCDONALD A. M. y CRANOR L. F. (2008) "The Cost of Reading Privacy Policies", I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, N° 3, Vol. 4, pp. 543-568. Consultado en [http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf] el 07/08/2018.

P&S MARKET RESEARCH (2018) "mHealth Market Growing with the Increasing Demand for Patient-Centric Healthcare: P&S Market Research", Global Newswire, 30 de mayo, 2018. Consultado en [https://globenewswire.com/news-release/2018/05/30/1514212/0/en/mHealth-Market-Growing-with-the-Increasing-Demand-for-Patient-Centric-Healthcare-P-S-Market-Research.html] el 16/07/2018.

WIECZNER, J. (2013) "How the Insurer Knows You Just Stocked Up on Ice Cream and Beer", The Wall Street Journal, 25 de febrero, 2013. Consultado en [https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323384604578326151014237898] el 07/08/2018.

LOS DAÑOS PUNITIVOS A DIEZ AÑOS DE SU INCORPORACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO*

Jonathan M. BRODSKY**

I. Reflexiones liminares a modo de introducción

"Daños punitivos". Una de esas expresiones del derecho cuya mera denominación ya invita a la duda, al desconcierto, al escepticismo. ¿Qué es eso de "daños punitivos"? ¿No sabe acaso cualquier estudiante que de los *daños* a la víctima (y de su reparación) se ocupa el Derecho Civil, y de los *castigos* al infractor, el Derecho Penal?

Pues no, parece ser que no es tan así. Con el devenir del tiempo, al Derecho de Daños se le han asignado dos funciones adicionales a la tradicional resarcitoria: la *preventiva* y —en ciertos casos— la *punitiva*. También es posible (aunque poco recomendable)[2] que en

---

* El presente trabajo está basado en la ponencia presentada y distinguida con el premio al mejor aporte en la categoría "Graduados" en el marco de la Jornada Internacional de Derecho del Consumidor en homenaje al Profesor Doctor Carlos A. Ghersi, la cual tuvo lugar el 19 y el 20 de septiembre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogado (UBA), graduado con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio "Roque Fortunato Garrido", Premio "Alberto Tedin Uriburu", Premio "Raymundo M. Salvat" y Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado (UBA). Profesor Titular de Práctica en Resolución de Problemas y Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de la Responsabilidad Civil y Daños (UCES). Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Ex becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires. Ex becario del Departamento de Estado de EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico de contacto: jmbrodsky@derecho.uba.ar.

[2] Porque en caso de imponerse una condena penal, tanto el rechazo como la regulación de daños (por el monto que fuere) hacen cosa juzgada y no son revisables en sede civil. Y si bien es cierto que un juez en lo penal *seguramente sepa* de Derecho de Daños (al menos, no debería haber razones para presumir

la esfera penal, de corte netamente *preventivo* y/o *retributivo*,[3] la víctima reclame daños y perjuicios en el proceso criminal. Ello no implica la confusión de dos ramas jurídicas desde antaño diferenciadas como la civil y la penal, pero sí da lugar a cuestionar —como en tantos otros ámbitos— el carácter pretendidamente absoluto y tajante de ciertos límites que se establecen al realizar clasificaciones.

¿A qué viene este introito? Pues bien: el "daño" que desarrollaré se prevé en la esfera del Derecho de los Consumidores, esto es, en un precepto normativo vigente que opera para la protección de aquéllos (la ley 24.240, a partir de su reforma por la ley 26.361). La problemática de la defensa del consumidor, con sus notas particulares, incumbe —no hay dudas— al Derecho Privado. Pero el nombre legal de la figura, "daños *punitivos*", así como la función sancionadora que les atribuye un dominante sector de la doctrina, torna necesario aludir al Derecho Penal. Según se verá, se suscitan, incluso, cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la figura en razón de su emplazamiento en el Derecho Privado.

Ahora bien, el profundo y rico debate sobre la naturaleza del daño punitivo y su ubicación en el sistema jurídico lejos está de agotar la discusión. Admitida (o no) su pertinencia, consistencia y conveniencia, cabe indagar sobre una importante pluralidad de aspectos. ¿Qué presupuestos de hecho activan su procedencia? ¿Se aplican a pedido de parte, o puede (o debe) el juez decretarlos *ex officio*? ¿Debe ser el destino de la condena el patrimonio del consumidor-actor o alguna entidad pública orientada a satisfacer un interés general de la sociedad? ¿Cómo cuantificar el monto? ¿Debe haber un tope para su fijación? ¿Son asegurables? De haber autoría conjunta, ¿responden solidariamente los codemandados condenados?

Si bien el tema es apasionante y desearía examinar en profundidad todos estos interrogantes, hacerlo en este espacio (de modo no superfluo, al menos) resulta

lo contrario), no lo es menos que ni se trata del tipo de cuestiones que habitualmente se especializa en resolver, ni resultan coincidentes los paradigmas contemporáneos del sistema penal (*in dubio pro reo*, estado de inocencia, responsabilidad casi ineludiblemente subjetiva, etc.) y del civil (*favor debilis* —generalmente la víctima/actora—, principio de reparación integral del daño injustamente sufrido, imputación ya sea a título de culpa o dolo, ya sea a través de factores objetivos de atribución —en pie de igualdad—, etc).

[3] Una función históricamente asignada a la pena ha sido la de retribución: el autor del delito debe *pagar* por el hecho que cometió. En la actualidad, al menos entre nosotros y para un importante número de sistemas jurídicos modernos, se entiende que la pena cumple un fin *preventivo*, ya sea general o especial, positivo o negativo. El desarrollo de las teorías de la pena excede el marco de esta columna, pero una explicación clara y concisa puede consultarse en RIGHI (2007: 25-45).

materialmente imposible. Por ello, haré en este trabajo un estudio crítico del concepto, la naturaleza y las funciones del daño punitivo —particularmente en el Derecho del Consumidor—, de acuerdo a la normativa vigente en la materia, a diez años de su incorporación en el ordenamiento jurídico argentino.

II. La Ley de Defensa del Consumidor vigente. Posibles conceptuaciones del daño punitivo

La figura en estudio fue consagrada en la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, "LDC") a través de su importante reforma en 2008 por la ley n° 26.361. Se incorporó como art. 52 bis la siguiente disposición:

> *Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley*.

Forzoso es comenzar entonces con el examen del *concepto* de la figura. Como ocurre con tantas otras instituciones del derecho, es posible encontrar tantas nociones como juristas se han dedicado a estudiar la materia. Al simple efecto de introducir el tema, citaré sólo algunas definiciones posibles.

Para TRIGO REPRESAS (1995), "los daños punitivos consisten en una condenación a pagar a las víctimas de semejantes ilícitos, un importe de dinero que se habrá de añadir o sumar al del monto indemnizatorio que les pueda corresponder por los daños realmente experimentados; ya que de lo contrario el responsable, que obtuvo un beneficio superior al monto del perjuicio, conservaría todavía una ventaja o ganancia".

A su vez, al decir de CHAMATROPULOS (2009: 21), "los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemni-

zaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad".

Ahora bien, de la lectura de la copiosa bibliografía nacional sobre la institución que nos ocupa, se advierte que quizá se haya impuesto (o, al menos, generalizado) la conceptuación de PIZARRO. De acuerdo al fino jurista cordobés, "los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (PIZARRO, 1993: 291).

Considero que estas nociones, y otras tantas, pueden ser más o menos plausibles, pero no me interesa especialmente alcanzar una definición (lo que supone encorsetar en conjuntos fijos y determinados de palabras conceptos generalmente dinámicos y multifacéticos). He dedicado los párrafos anteriores a "entrar en tema", pero más atención merecen las *funciones* de los daños punitivos: *¿para qué sirven*?

III. Función sancionatoria. Supuesta inconstitucionalidad de la figura

El primer propósito que parecen tener los daños punitivos, casi intuitivamente, es el de castigar a su destinatario. Así lo sugiere su misma denominación (y la construcción "multa civil" a la que también alude el art. 52 bis de la LDC) y su lógica de funcionamiento: a quien causó un daño determinado (*de lege ferenda*, particularmente grave), se le exige desembolsar un *plus* adicional a la reparación integral del perjuicio.

En un interesante trabajo, se ha afirmado que el primer modelo de daños punitivos pretende justificarlos con fundamento en las teorías de justicia retributiva, las que "parten de la observación de que existen ciertas conductas intencionales que son moralmente reprochables y que merecen ser castigadas por razones de justicia. A diferencia de la justicia correctiva, que se ocupa de los daños producidos en interacciones injustas y su reparación, la justicia retributiva tiene por objeto a las acciones moralmente reprochables que causan dichos daños. Es decir, el propósito del castigo no es compensar, resarcir ni indemnizar a la persona por el daño sufrido (ya sea patrimonial o moral), sino corregir la ofensa en su contra" (MARTÍNEZ ALLES, 2012: 58).

El cuestionamiento inmediato que se plantea, y que un sector no menor de la doctrina defiende,[4] es la inconstitucionalidad de una figura punitiva en el ámbito del Derecho Privado. Sabido es que la rama jurídica que se ocupa de castigar conductas especialmente reprochables por la sociedad (y cuyo centro es la sanción al infractor, más allá de la finalidad que se halle en la pena) es el Derecho Penal. Y la constitucionalidad de esta punición está ligada indisolublemente a la observancia de garantías específicas, tanto de fondo como procesales: tipificación previa, escrita y concreta en la ley de la conducta punible (*nullum crimen, nulla pœna sine lege prævia, scripta, stricta*); exigencia de responsabilidad subjetiva, es decir, la conducta desplegada por la persona debe ser susceptible de reproche subjetivo;[5] proscripción de interpretaciones analógicas en perjuicio del imputado (analogía *in pejus*); estado de inocencia y derecho a la no autoincriminación (a propósito de la absolución de posiciones y la posible confesión ficta en un proceso civil); prohibición de enjuiciamiento y condena múltiples por un mismo hecho (*non bis in idem*); etcétera.

Entiendo que este planteo de inconstitucionalidad puede fundamentarse seriamente (y se lo ha hecho), pero me permito discrepar respetuosamente.

Ante todo, cabría relativizar *en términos generales* ciertas diferencias pretendidamente absolutas que realiza la doctrina al llevar a cabo la actividad de clasificar. Es muy aguda la observación de MOISÁ (2008: 32-33) de que tanto delito como pena son conceptos empíricos, por lo que sólo es posible fundar la distinción entre Derecho Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos. Ello, desde luego, no importa igualar ramas distintas como lo son, en efecto, el Derecho Civil y el Criminal. Cuando la sanción es de prisión, su carácter penal no es controvertido. Pero cuando se trata de consecuencias pecuniarias, en la práctica suele haber dificultades para determinar la naturaleza civil o penal de ciertas multas, y eso se debe a la identidad ontológica de ambos tipos de normas.

Por otra parte, resulta difícil controvertir que si bien la sancionatoria no es la función típica ni la principal del Derecho Civil, existen en dicha esfera *varias instituciones con ese fin* (o, al menos, con notas de tinte punitivo). Y son figuras que, amén de estar previstas en la misma norma (como lo está el daño punitivo en la LDC), se vienen aplicando en la

[4] Merecen destacarse, por su prestigio como doctrinarios y por la calidad científica de su argumentación, las posiciones de BUSTAMANTE ALSINA (1994) y PICASSO (2009).

[5] La mayoría de los juristas restringen la viabilidad del daño punitivo a casos de dolo o culpa grave. Sin embargo, tal exigencia no surge del precepto vigente, pues el mero incumplimiento a una obligación legal o contractual perfectamente puede configurarse a través de un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

jurisprudencia de modo inveterado, y a ningún doctrinario se le ha ocurrido cuestionarlas tan profundamente. Es el caso, por ejemplo, de las astreintes (las que si bien son definidas como condenaciones conminatorias, que buscan compeler al cumplimiento de un deber jurídico impuesto por una resolución judicial, poseen una indudable faceta punitiva), de los intereses punitorios y de la cláusula penal pactada por las partes. En todos estos supuestos, pacíficamente encuadrados en el Derecho Privado, quien sufre la sanción desembolsa una suma determinada de dinero a título de castigo por el incumplimiento, que se adiciona al resarcimiento del daño en sí mismo y que se destina al sujeto perjudicado.

Por último, se ha señalado —con criterio que comparto— que "no se violaría la garantía del debido proceso si existe razonabilidad en la norma y no se afecta otro derecho sustancial garantizado constitucionalmente —por ejemplo, la inviolabilidad del derecho de propiedad—, tal es la interpretación pacífica de la doctrina de la Corte siguiendo la jurisprudencia americana" (VÍTOLO, 2013).

IV. Función preventiva

Menos obvia, pero decididamente clara, es la finalidad preventiva del daño punitivo, por cuanto la aplicación de una sanción —lo suficientemente cuantiosa—, así como la posibilidad de su imposición en el futuro, actuarían como elemento disuasorio para que el autor o potencial autor del daño se abstenga de perpetrarlo en adelante. Se trata de "procurar disuadir la eventual repetición de futuros procederes ilícitos parecidos, desanimando al agente del daño" (VÍTOLO, 2013). Diversos autores suman esta finalidad preventiva a la sancionadora y predican así una "doble función" de los daños punitivos.[6]

La prevención es una función cuya importancia en el Derecho Privado ha crecido de manera muy significativa con el correr de los años. En esta línea enseñan Pizarro y Vallespinos que "La función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] Un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley" (PIZARRO, 1999: 462).

[6] En este sentido se han pronunciado BRU (2016: 579 y ss.), GARZINO (2011: 1300 y ss.), RITTO (2011: 386 y ss.), GALDÓS en GALDÓS, LLAMAS POMBO y MAYO (2011: 1155 y ss.) y SOBRINO (1996: 976 y ss.); entre otros.

En otras palabras, podría decirse que el hombre y la mujer modernos no se conforman, y es lógico que así sea, con la perspectiva de obtener en el futuro la reparación (frecuentemente imperfecta) de la lesión sufrida. Por el contrario, se persigue evitar en primer término la misma causación del perjuicio, y las nuevas leyes (e interpretaciones de textos normativos) se dirigen crecientemente en ese sentido.

Ahora bien, en ciertos ámbitos la prevención del daño no es sólo deseable o necesaria, sino absolutamente fundamental. Los ejemplos paradigmáticos son el deterioro del medio ambiente, del que gozamos todos los seres humanos y cuya afectación menoscaba intereses en cabeza de la sociedad entera o de grupos muy importantes de personas; y también los daños generados a los consumidores, muchas veces de gran magnitud y a una enorme vastedad de ellos. Que "todos somos consumidores" ya lo advertía John F. Kennedy en 1962: más de medio siglo después, esta afirmación es tanto más cierta. Que a todos ellos, el ordenamiento positivo procure no sólo asegurarles el resarcimiento sino también la evitación del daño, constituye un extremo plausible e imprescindible.

V. Función consistente en desmantelar los efectos del acto ilícito

Esta tercera y última finalidad de los daños punitivos es a menudo minimizada u olvidada en los exámenes del tema, pero es tan relevante como las anteriores. No debemos olvidar que en un gran número de casos, el accionar que es dañoso para los consumidores redunda a la vez en un lucro directo para el infractor. El supuesto por antonomasia lo representan quizá los así llamados "microdaños" causados en serie, donde el proveedor lesiona a una importante masa de consumidores de manera poco significativa si se considera individualmente cada perjuicio, pero el beneficio total o agregado que percibe es muy elevado.

En estos casos, dejar sin efecto las consecuencias del acto obrado ilícitamente es de crucial importancia, y debe constituir sin duda una verdadera función de los daños punitivos.[7] Se trata, entonces, de "evitar que el proveedor conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes" (CHAMATROPULOS, 2016: 258).

[7] Cierto es que *no siempre* se verifica la obtención de un lucro inmediato por parte del proveedor. Lo que se postula es que, *cuando así sea*, entonces sí esta tercera faceta de la institución en estudio adquiere plena importancia y deviene operativa.

En este sentido, como explicaba con su habitual agudeza ZAVALA DE GONZÁLEZ (1999: 578) "así como el resarcimiento busca reponer a la víctima a la situación anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto, igualmente debe retrotraerse jurídicamente la situación fáctica del responsable, borrándose el beneficio injusto". Es claro que ningún sistema preventivo será eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización.

VI. *Quid* de la función resarcitoria

Descarto de plano que los daños punitivos tengan una finalidad resarcitoria, incluso cuando se destine el monto de la condena al patrimonio del actor-damnificado (como lo dispone el texto normativo vigente).[8] La indemnización o resarcimiento se vinculan al deber jurídico del autor de un daño consistente en responder por él frente a la víctima dejándola en el estado en que se encontraba con anterioridad a la lesión (aunque a veces esto no sea posible y sólo pueda obtenerse una reparación imperfecta). Como es sabido, el resarcimiento comprende "el daño, todo el daño, pero nada más que el daño": los mal llamados "daños punitivos", que suponen un *plus* que se adiciona a los rubros indemnizatorios patrimoniales o extrapatrimoniales, *son otra cosa* (y responden a otros propósitos).

Por ello no comparto, verbigracia, la redacción del art. 8 bis de la LDC vigente cuando establece que "Tales conductas [se refiere a las prácticas abusivas], además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de *otros resarcimientos que correspondieren al consumidor*, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor". La multa civil del art. 52 bis *no es* un resarcimiento.

VII. Conclusiones

En función de lo expuesto, me encuentro en condiciones de concluir que los hoy llamados "daños punitivos" tienen una triple función: sancionadora, preventiva y consistente en desmantelar los efectos lucrativos del acto ilícito.

[8] Este destino ha sido tanto criticado (principalmente, en razón de que habría un enriquecimiento sin causa para el consumidor-actor) como defendido (en esencia, porque es lo que incentivaría a demandar al damnificado —a veces por una lesión de insignificante envergadura—). Me limito a dejar señalada esta cuestión; como ocurre con los demás aspectos vinculados al funcionamiento de la figura, todos ellos relevantes y sobre los cuales hay interesantes divergencias de opiniones en la doctrina, no cuento aquí —desafortunadamente— con el espacio para efectuar su correspondiente desarrollo.

En cuanto a la primera de ellas, la ubicación de los "daños punitivos" en la esfera del Derecho Privado no resulta inconstitucional, habida cuenta de la razonabilidad de su regulación y toda vez que la finalidad sancionadora, si bien no es típica del Derecho Privado, tampoco es ajena a él.

A su vez, aquel propósito de la figura no es el único ni el principal: antes bien, la prevención constituye un aspecto esencial, máxime en un ámbito como el del consumo, particularmente propicio para la causación de daños a una vasta pluralidad de personas.

En tercer lugar, la finalidad de los "daños punitivos" consistente en desactivar los beneficios ilegítimamente obtenidos por el infractor a través de la condena a su restitución, representa una tercera e importante —aunque a menudo minimizada— función de la institución bajo análisis.

Por último, conviene aclarar que los "daños punitivos" no cumplen un propósito resarcitorio, aun cuando se establezca su destino al patrimonio del consumidor-actor, por cuanto la indemnización constituye la reparación (integral) del daño sufrido (pero no más que ese daño sufrido) y los "daños punitivos" son un *plus* distinto y externo a dicho resarcimiento.

Bibliografía

BRU, J. M. (2016) "Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor", en RUSCONI, D. D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1994) "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", en *LL* 1994-B-860.

CHAMATROPULOS, D. A. (2009) *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar.

—— (2016) *Estatuto del consumidor comentado*, Buenos Aires, La Ley.

GALDÓS, J. M., LLAMAS POMBO, E. y MAYO, J. A. (2011) "Daños punitivos", en *LL* 2011-E-1155.

GARZINO, M. C. (2011) "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", en *LL* 2011-F-1300.

MARTÍNEZ ALLES, M. G. (2012) "¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año 2012, n° V.

MOISÁ, B. (2008) "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la ley 24.240", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año 2008, n° VIII.

PICASSO, S. (2009), comentario al art. 52 bis de la LDC en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. (dirs.) *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley.

PIZARRO, R. D. (1993) "Daños punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) *Derecho de Daños. Segunda Parte. En homenaje al Dr. Félix Trigo Represas*, Buenos Aires, La Rocca.

PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2.

RIGHI, E. (2007) *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

RITTO, G. B. (2011) "Finalidad del daño punitivo en la defensa del consumidor", en *LLBA* 2011-mayo-386.

SOBRINO, A. R. (1996) "Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad", en *JA* 1996-III-976.

TRIGO REPRESAS, F. A. (1995) "Daños punitivos", en LÓPEZ CABANA, R. M. y ALTERINI, A. A., (dirs.) *La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

VÍTOLO, D. R. (2013) "Sanciones pecuniarias disuasivas", consultado en *La Ley online*, cita *online*: AR/DOC/3336/2013.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999) *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires, Hammurabi.

EL SISTEMA CONTRACTUAL ARGENTINO CONTEMPORÁNEO*

Sebastián Justo COSOLA**

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018

Fecha de aprobación: 10 de agosto de 2018

Resumen

El presente ensayo pretende alcanzar una acertada descripción de la teoría general del contrato en el *Código Civil y Comercial de La Nación* que a partir de su entrada en vigencia ha presentado algunas inquietudes interesantes. Especialmente se destacan de la teoría general los elementos clásicos y los que se refieren a la estructura de la "vida" del contrato tanto en mi país como en el derecho proyectado. Se pone énfasis en destacar a las nuevas figuras involucradas, todas ya nacidas con anterioridad tanto en las leyes especiales de mi país como en las creaciones académicas y jurisprudenciales que fueron marcando un rumbo en los últimos veinticinco años de Derecho en evolución. En todo momento, se resalta la visión constitucional del Derecho Privado y la necesidad de argumentarlo desde la óptica de los valores y los principios que determinan lo justo que a cada cual corresponde.

Palabras clave

Contratos – Código Civil y Comercial – Derecho argentino – Derecho comparado – Derecho Privado

---

* Trabajo de investigación, 42° Cursos de Especialización en Derecho, Universidad de Salamanca, Fundación General.
A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional de La Plata. Mi familia entera, compuesta de diez personas, tiene el enorme privilegio de contar con cinco graduados de esa casa de altos estudios. Al prof. César Ariel Quiroga, compañero de cátedra, sinónimo de evolución permanente y constante, con toda mi admiración y amistad.

** Abogado y escribano (Universidad Nacional de La Plata). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Ex alumno con promoción (Apto). 14° Edición de los cursos de Postgrado en Derecho. Salamanca, España, 7 al 24 de Enero del año 2004.

CONTEMPORARY SYSTEM OF CONTRACT LAW IN ARGENTINA

Abstract

The present paper aims to accurately describe the general theory of contracts under the Civil and Commercial Code of Argentina which presents interesting points ever since it entered into force. In particular, highlighted matters of the general theory are the classic elements and those relating to the structure of the "life" of the contract both in Argentina and in comparative law. Emphasize is made on the new figures involved, all born through the special laws of Argentina, and creation of doctrine and case law in the last twenty five years of legal evolution. The paper stresses the constitutional vision of Private Law as well as the need to argue in light of values and principles that determine what is understood as fair.

Keywords

Contract Law – general theory of contracts – Civil and Commercial Code of Argentina – Private Law – life of the contract – comparative law

I. Introducción

"Las reformas no deben agotarse en un alarde de técnica jurídica. La metafísica es inevitable y el hombre es el elemento común y básico de toda regulación. La plena realización de su personalidad en el orden político, económico, social, moral, intelectual, no debe relegarse por ningún sistema jurídico que aspire a una regular permanencia." (RISOLIA ,1964: 8)

El sistema contractual argentino contemporáneo presenta inquietudes interesantes propias de los tiempos, todas especialmente originadas a partir de la puesta en vigencia del *Código Civil y Comercial de La Nación* (en adelante, CCCN) que deroga el histórico *Código Civil Argentino* de *Vélez Sarsfield* (en adelante, CCA). La idea que eleva la noción de *voluntad individual* al eje central de la disciplina en estudio sigue consolidando la fórmula que sostiene que las convenciones tienen para las partes *el lugar de la ley*, queriendo con ello significar que la codificación centenaria había intentado imponer a través de la escuela de la

exégesis, tanto la garantía absoluta de autoridad del contrato como la protección de la buena fe que debe regir en su ejecución (RISOLIA, 1964: 49).

Desde la teoría general, BETTI (2000: 135) señalaba que el elemento esencial y además característico del negocio jurídico "era el contenido de la declaración o del comportamiento" inmediatamente determinante de los efectos jurídicos que se corresponden con la función económica y social del mismo; por ello lo que la parte declara es siempre "una regulación de intereses propios frente a las demás relaciones con otros sujetos", encontrándose esa declaración destinada a "elevarse a precepto jurídico". En sentido similar se han expresado TORRES VÁZQUEZ (2016) y OJEDA RODRIGUEZ (2006).

Diferente es el sentido que a la *autonomía de la voluntad* le otorga DE CASTRO Y BRAVO (2002: 13): la misma entendida en sentido amplio como un poder de autodeterminación de la persona, viene a consolidarse de manera estricta en el negocio, a partir de la creación, modificación y extinción de diversas relaciones jurídicas efectuadas por quienes intentan regular sus intereses a partir de la teoría contractual. Para el autor en estudio, "el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana".[1] Como lo sostenía el inolvidable CARNELUTTI (1955: 284) por aquellos tiempos, "se hallaba en marcha una separación entre el concepto de negocio —relacionado con la voluntad— y con el concepto de declaración" que era preciso atender.

Este tema de la teoría general del *negocio jurídico* pasó a formar parte de la discusión en la *teoría general del contrato*, e inclusive en la actualidad se sigue desde esta última disciplina refiriendo con marcada vehemencia (BORDA, 2016: 38). Es que en cierta manera y desde diversos sentidos, las voces latinoamericanas parecen oscilar entre estas dos interpretaciones; *voluntad* que como contenido del acto genera efectos queridos por los sujetos acordantes (VIDAL RAMÍREZ, 2016: 93), o *exteriorizaciones* que tienen como fin lograr una declaración de intención que produzca determinadas consecuencias (ROJINA VILLEGAS, 2014: 117). Se ponen así de resalto las discusiones históricas emergentes de la teoría de los actos voluntarios, que jerarquizaban por un lado, la *autonomía de la voluntad*, y por el otro, la *teoría de la declaración*, perspectivas que en la actualidad se encuentran claramente destinadas al *plano dogmático* (MORENO RODRÍGUEZ, 2014: 108).

En definitiva, el negocio jurídico es comportamiento (fugaz) y es conducta (sostenida en el tiempo), precisamente porque es la exteriorización de la voluntad humana que consiste en una declaración o manifestación que mediante acción o ausencia produce

[1] En similar orientación cfr. SÁNCHEZ MEDAL (2013), PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2012) y entre otras, CONTRERAS LÓPEZ (2016).

cambios en la vida de las personas y consecuentemente, en el mundo exterior relevante para el Derecho (MUÑOZ, 1960: 15). Desde esa posición es que debe entenderse el ejercicio del Derecho contractual contemporáneo.

II. Los contratos en el Derecho Privado argentino unificado

El Derecho contractual argentino actual proyecta en el cuerpo del Código unificado un articulado preciso, que es el producto final de una realidad legislativa novedosa. Puede decirse que los códigos civiles de inevitable referencia a la hora de efectuar un estudio comparado en el tema que hoy ocupa mi atención proyectan una estructura de tratamiento similar de la teoría general del contrato, con mayor o menor cantidad de artículos, pero considerada la misma desde la perspectiva clásica. Así, el *Código Civil Paraguayo* (arts. 669 al 736),[2] el *Código Civil del Perú* (arts. 1351 al 1528),[3] el *Código Civil de la República de Bolivia* (arts. 450 al 583),[4] el *Código Civil de la República de Cuba* (arts. 309 al 333)[5] y en otros lares, el *Código Civil Español* (arts. 1254 al 1314)[6] presentan un esquema clásico que proyecta el nacimiento, el desarrollo de los elementos esenciales, naturales y accidentales, los presupuestos, la interpretación, la prueba, los efectos deseados, las vicisitudes y los efectos no deseados imputables a los hechos con trascendencia en el derecho a al accionar de las partes contratantes. Diferente en cambio es la proyección que brinda al tema *Código Civil Alemán* que realiza el tratamiento tanto de la *teoría del negocio jurídico* (arts. 104 al 144) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 52-60) como de la *teoría contractual* (arts. 145 al 185) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 60-66) para luego considerar el *derecho emergente de las relaciones obligatorias* (arts. 241 al 432) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 77-123) espacio en donde se entremezclan las obligaciones y la parte general de los contratos de una manera sistemática y precisa.

En la República Argentina, al momento de proyectar la parte general de la teoría contractual, uno de los puntos esenciales de la discusión académica fue el de tomar la decisión de introducir o no en su tratamiento, la regulación de los *contratos de consumo*. Según se desprende de la exposición de los fundamentos del por entonces anteproyecto, el Código en vigencia optó por introducir en su seno el referido tratamiento, teniendo especialmente en cuenta el rango constitucional de los derechos del consumidor y desde mi

[2] V. *Código Civil Paraguayo y Código Procesal Civil*, Ediciones Librería El Foro S.A, Asunción, 2016, pp. 140-153.
[3] V. *Código Civil del Perú,* Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2017, pp. 287-316.
[4] V. *Código Civil de la República de Bolivia,* Ediciones Nacionales Serrano, Cochabamba, 2008, pp. 450-83.
[5] V. *Código Civil de la República de Cuba,* Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011, pp. 237-249.
[6] V. *Código Civil,* 7° edic. anotada y concordada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 379-393.

visión también, la tesis que se refiere a la *constitucionalización* del Derecho Privado actual sostenida por gran parte de la doctrina nacional (MOSSET ITURRASPE, 2011),[7] especialmente en la referencia normativa a que *los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante* (art. 965 CCCN) (ROSATTI , 2016). El *Código Civil Alemán* referido presenta algunas normas relativas al Derecho de Consumo en la parte general del contrato, relacionadas con los derechos de revocación, de devolución y sus consecuencias en los contratos celebrados con consumidores.[8]

El Derecho del Consumidor actual se eleva y estudia como un conjunto de normas *principiológicas, de orden público y de fuente constitucional* (BAROCELLI, 2017: 11).En sintonía con las mencionadas apreciaciones, el notariado mundial daba respuesta concreta a los problemas suscitados en la contratación y el consumo, insistiendo en la necesidad e importancia del tratamiento legislativo ordenador en cada uno de los ochenta y seis países que conforman la *Unión Internacional del Notariado* (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2013). En definitiva, la incorporación del contrato de consumo (LORENZETTI, 2016) al cuerpo del CCCN importa considerar una verdadera innovación.[9]

El tema de los *contratos conexos,* ahora normativizados por primera vez, también conforma una verdadera novedad legislativa (QUAGLIA, 2018); lo mismo que los *contratos de adhesión*, los de *cláusulas predispuestas*, el *subcontrato*, en definitiva, instituciones que desde la parte general importan admitir que el tráfico negocial moderno se justifica a partir de comportamientos humanos que "*exceden las previsiones normativas del derecho de los contratos de finales del siglo XIX"* (ARMELLA, 2015: 203).

[7] El maestro argentino de los contratos fue uno de los primeros en desarrollar el tema de la incidencia constitucional en el Derecho Civil y en especial, en el Derecho de los contratos.
[8] Conf. arts. 355 a 359 del mencionado cuerpo legal.
[9] Desde los fundamentos del entonces anteproyecto de Código unificado que actualmente rige el Derecho argentino se advertía que es esta una verdadera innovación, optando los redactores por el criterio sustentado en los códigos de países como Alemania, Holanda y Canadá (Québec), y apartándose de los criterios que dirigen a obtener un tratamiento separado, como los emergentes en todos los países del Mercosur y especialmente, Italia, Francia y España, esta última a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias españolas (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de Noviembre de 2007). Se pretende con ello una remisión desde la legislación privada unificada hacia la Constitución Nacional —ya que en mi país el Derecho de Consumidor es un Derecho de raigambre constitucional—, regulando a los contratos de consumo, *atendiendo a que no son un tipo especial más sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales —Compraventa y compraventa de consumo—* (Frase entrecomillada textual de la elevación de los fundamentos de creación del CCCN).

De esta forma, el Derecho de los contratos vigente proyecta normativamente una parte general contenedora de normas e instituciones asimilables, en su estructura, a un sistema (CASTÁN TOBEÑAS, 2000), que en la línea de las legislaciones actuales y más que ello, de la propia evolución del Derecho, reconoce los principios y los valores a partir de la superación del *positivismo*, conformando una nueva visión en torno al concepto y al método del Derecho Civil y ya hoy, del Derecho Privado en general (LLAMAS POMBO, 2002). Al decir de AYUSO (2016: 58), para que no exista problema del sistema entre la *Constitución y la codificación*, debe intentarse una superación de la tensión entre la juridicidad natural y el ejercicio arbitrario del poder.

Por lo expuesto, en lo que a este ensayo respecta, debe considerarse a la *autonomía de la voluntad* como una institución que se enmarca dentro de los denominados principios generales del derecho, que delimita ideas directrices de todo el Derecho Privado, y como bien se afirma en España, debe funcionar como un criterio "inspirador de la labor interpretativa" (DIEZ-PICAZO, 2015: 369). En esta orientación, el Derecho Privado viene a revalorizar entre las personas una esfera de libertad y autonomía que permitirá que cada cual pueda regular sus propios intereses en relación a terceros (GALINDO GARFIAS, 2015), y por ello la libertad como sustento de la voluntad cobra verdadera importancia (ESPINOZA-ESPINOZA, 2017). Sobre esto, algunos autores referentes en mi país advierten llanamente que gozar de autonomía es tener la potestad de *crearse las propias normas* y por ello, el principio constituye la base del negocio jurídico (COMPAGNUCCI DE CASO, 1992: 54-55). En este sentido, se ha insistido en recordar que es relevante tanto el contenido de la declaración de voluntad como el esfuerzo para que la misma llegue a conocimiento de otra persona, y por ello las consecuencias del acto con voluntad son aquellas que se conocen como inmediatas —las que suceden según el curso natural de las cosas—, las mediatas —que conectan el hecho con un acontecimiento distinto al ideado originariamente—, y las casuales, que son las que proyectan un resultado absolutamente imprevisible (CIFUENTES, 2004).

En la actualidad, esa fórmula debe visualizarse desde un fraccionamiento del tipo general de contrato, absolutamente novedoso, inclusive a nivel internacional. Esa voluntad proyecta diversos alcances y especialmente, medios de ejecución protectorios para la parte contratante más débil, ya sea que la misma se proyecte en un contrato discrecional —de naturaleza civil o comercial—, o desde el ya referido contrato de consumo.

De esta manera, el contrato, como institución jurídica absolutamente relevante y presente en todo el desarrollo del Derecho en la vida de la persona en general, tiene la necesidad de demostrar un esquema teórico de análisis, de fijación y de ejecución, a los efectos de poder obtener a simple lectura una noción precisa, tanto de los alcances de las cláusulas que proyectan sus elementos —en especial, los denominados esenciales— como de la responsabilidad que de cada una emerge por incumplimiento. Una *radiografía* de la proyección normativa de la estructura puede resultar útil para poder sobre ella,

comprender e interpretar los efectos previstos en los cuerpos codificados—normales y anormales— que de cada uno se desprenden y por qué no, en alguna que otra nueva previsión legislativa.

Consecuentemente, mi propuesta es la de realizar una descripción de la parte general del contrato en el ordenamiento jurídico argentino unificado vigente, sustanciado desde la teoría general clásica nacional y proyectada, y descripto por la nueva doctrina actual y presente, nacional y foránea.

III. Esquema de funcionamiento del contrato en el Derecho argentino

El título segundo del libro primero referido a los derechos personales en el CCCN presenta las normas relativas a los *contratos*. Preceden a este tratamiento, muchas otras normas referidas a la *Parte General del Derecho Privado* y a la *Teoría General de las Obligaciones* aplicables al ámbito contractual (concepto y descripción de la persona humana y de la persona jurídica; teoría del hecho y del acto jurídico, análisis de sus elementos, teoría general de las ineficacias y teoría general de las obligaciones). Entre los motivos elevados por los redactores del entonces anteproyecto del CCCN, se destacan cuestiones novedosas que imprimen un sello distintivo al utilizado al interpretar *normativamente* el querido y hoy histórico CCA. No sólo las referidas cuestiones relacionadas con el *contrato de consumo*, sino también otras, que destacan la consideración de la función social del contrato y sus múltiples derivaciones —por ejemplo, la cuestión de la moralización del mismo a través de instituciones que hoy se encuentran positivamente previstas en el título preliminar del CCCN y que conforman verdaderas herramientas de argumentación jurídica como el principio de buena fe, la limitación al ejercicio abusivo del derecho, la tutela del interés personal y general y muy especialmente, la incidencia del Derecho Ambiental en el ámbito contractual a partir de la consideración de los derechos personales o de incidencia colectiva—, son rasgos absolutamente distintivos del moderno Derecho Contractual, muy a pesar que esas orientaciones vengan siendo sostenidas en mi país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al menos desde los últimos veinte años.

La argumentación del Derecho Contractual se vuelve más rica pero a la vez más dificultosa desde un Derecho de principios, que pretende esencialmente tener en cuenta en el decisorio la interpretación de la ley teniendo en cuenta "sus palabras, sus finalidades (…) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos…" (art. 2 CCCN). Ya no existe la interpretación literal o exegética, sino una argumentación jurídica que ante el conflicto que tiene en cuenta el Derecho nacional y supranacional en la cuestión concreta para poder resolverlo y adecuarlo a los principios generales del derecho (art. 1 CCCN).

Es así que la operatividad e importancia del *principio de autonomía* se advierte clara y contundente desde un análisis meramente formal del esquema funcional del contrato que esgrime el CCCN. En efecto, desde el capítulo primero de la parte general del contrato, se estudia que el contrato es un acto jurídico creado por dos o más partes que elevan su consentimiento para "crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957 CCCN). Este contrato creado bajo los considerandos mencionados, eleva al máximo la autonomía, situación que se confirma no solo desde la consideración del carácter absolutamente supletorio de las normas legales en el ámbito contractual (art. 962 CCCN), sino también desde la consideración de los derechos que de los mismos emergen como integrativos del derecho de propiedad del contratante (art. 965 CCCN). De ahí que claramente el Código refrende que los mismos deban ser elaborados en el ámbito de la amplia libertad (art. 958 CCCN) y dentro de los parámetros de la buena fe (art. 961 CCCN), que destaque su notable efecto vinculante, el que únicamente puede ser modificado por las mismas partes contratantes o a partir de la consumación de los supuestos previstos legislativamente, sin que el juez pueda modificar esa voluntad salvo supuestos especiales (arts. 959 y 960 CCCN).

El capítulo primero referido se completa con la referencia a la cuestión de la prelación normativa en materia decisoria, que tiene en cuenta la aplicación de las normas cuando concurren disposiciones emergentes del CCCN y otras de las leyes especiales (art. 963 CCCN), y la cuestión de las reglas de integración del contrato (art. 964 CCCN), todo lo que hace suponer que si bien el *orden público* es una variante especial a tener en cuenta en el Derecho de los contratos, el mismo se encuentra absolutamente debilitado frente al avance de la libertad contractual, en comparación con las reglas que otrora regularon el funcionamiento del contrato (art. 958 *in fine*).

Toda esta situación ya había sido sostenida por la doctrina argentina de los últimos años, y es probable que los autores del CCCN hayan tenido en cuenta esas advertencias. De esta manera, el instituto de la autonomía de la voluntad fue y es un principio jurídico que inicialmente —y por influencia de la codificación francesa— se refería a la mera exteriorización de la voluntad, esa que para las partes se concretaba a partir de la consideración de un estándar ético de libertad.[10] Cuando la voluntad exteriorizada era cierta, precisa, auténtica, de buena fe, el cumplimiento del contrato se tornaba para las partes tan exigible como si fuera ordenado por la ley misma. Por ello, con razón se venía afirmando que cuando el principio de libertad se ha cumplido, "la voluntad (presenta) un poder normativo ilimitado" (LORENZETTI, 2004: 124). Así es que las partes tenían —y tienen— la posibilidad de elegir contratar o no hacerlo, de auto regular sus intereses de manera

[10] Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO (1992); GASTALDI (2003); MOSSET ITURRASPE (1999); LEIVA FERNANDEZ (2007); LLAMBIAS (1991); LORENZETTI (2004); ORGAZ (1963); SPOTA (2009), y STIGLITZ (1994).

bilateral y especialmente, de cumplir con el principio de autorresponsabilidad (LORENZETTI, 2004: 123). Autorizada doctrina internacional también arribaba a similares conclusiones, muy a pesar de los diferentes enfoques propuestos que acarrean, consecuentemente, concepciones propias de cada país, de cada Estado, de cada región.[11]

Toda esta situación se mantiene incólume en el espíritu del Código en vigencia, solo que ahora además se la eleva a la categoría de principio; consecuentemente se aleja la cuestión de la interpretación decimonónica en el análisis normativo del contrato como lo ha venido haciendo la jurisprudencia, y se acerca al mismo la argumentación general del Derecho en base a un sistema de principios. Esta actividad tiene que ser realizada consecuentemente, por todo aquel que oficie de jurista (TOLLER, 2016).[12]

III.A La voluntad

La *voluntad* tiene tres componentes absolutos, que no hacen más que expresar la moral, la finalidad y la independencia de cada sujeto en la contratación diaria y habitual (COSOLA, 2010). En una sociedad entendida como comunidad de intereses, la persona humana intenta regularlos a través de la iniciativa privada, absolutamente autónoma y necesaria y por ende, reconocida por el Derecho (MUÑOZ, 1960). Desde la teoría del contrato, la autonomía de la voluntad presenta una notable expansión tanto hacia la dimensión sociológica —análisis económico y de la realidad social en donde se genera y desenvuelve el contrato— (NICOLAU, 2009) como hacia la dimensión de la justicia, primero conmutativa —equivalencia de las prestaciones—, pero también distributiva, vinculada con la denominada función social del contrato —en relación a la circulación de la riqueza y el otorgamiento del crédito, la equivalencia entre la tutela del crédito y la tutela del deudor y los límites del derecho público— (NICOLAU, 2009). Lo que hay que apreciar en el Derecho actual es la determinación de la misma como un principio innato a la voluntad del hombre, que lo acerca a uno de naturaleza moral, tal como lo enseña DWORKIN (2002). Si es un principio moral, diremos que cuando un estándar es reconocido como tal, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez (NINO, 2003). Los principios emergentes de la teoría de la voluntad proyectados en el CCCN en la parte general de los contratos —en especial, el de libertad (art. 958), el de buena fe (art. 961) y el que refiere al carácter de las normas legales (art. 962)— operan como tales, y funcionarían de manera articulada y precisa aunque no encontraran positividad en el cuerpo del CCCN.

[11] BETTI (2000: 53); DIEZ-PICAZO (2003: 29-32).

[12] Al referirse al significado de los libros y la biblioteca para el ejercicio del oficio del jurista, el autor se refiere mucho más ampliamente a *los juristas* designando a los abogados, a los consultores, a los jueces, a los funcionarios, a los legisladores, a los notarios, a los profesores, a los investigadores y a los estudiantes de grado y postgrado.

Desde entonces, puede afirmarse que la voluntad presenta un discernimiento, como aptitud del sujeto que distingue entre los bueno y lo malo, lo justo y lo injusto; una intención, asimilada en gran medida a la causa fin de los contratos (art. 260 CCCN), cuya inobservancia genera la aplicación de instituciones tan importantes para el normal desenvolvimiento del Derecho, como lo es la frustración del contrato por falta o imposibilidad de cumplimiento, según analizaré después (art. 1090 CCCN). Finalmente, la libertad (art. 260 CCCN), que según lo anteriormente descripto desde la teoría general, opera como una máxima de expresión del principio de autonomía de la voluntad (art. 958 CCCN), ligada también a principios esenciales de la legislación civil, como por ejemplo la libertad en el uso de las formas (arts. 284 y 1017 CCCN).

IV. Los elementos de los contratos y el orden público

Dada la voluntad, lo que sobreviene es el tratamiento de los elementos del contrato, que suelen presentarse con la designación de *esenciales, naturales y accidentales*. Importa aquí el desarrollo de los primeros, por cuanto ofrecen un esquema formidable a la hora de comprender los límites impuestos por el ya referido *orden público*, inclusive teniendo en cuenta que los demás elementos pueden inclusive estudiarse desde la teoría de las obligaciones sin necesidad de recurrir a la parte general contractual en la que solamente se hace alusión a los supuestos previsibles.[13]

El *orden público* predeterminado a establecer/restablecer la equidad en las contraprestaciones de personas que hacen recíprocas concesiones con una finalidad común, reúne los calificativos referidos por la doctrina mayoritaria, e impone límites con el fin de lograr una garantía procedimental para el consentimiento pleno; una protección al contratante débil; una debida coordinación y finalmente, una delimitación de los negocios jurídicos en pleno desarrollo (LORENZETTI, 2004). Resulta evidente entonces la asimilación de los términos transparencia, publicidad, calificación y configuración a los principios de buena fe, oponibilidad, justicia proporcional y finalmente principio de interpretación/integración de los contratos, respectivamente. Sin embargo, debe insistirse aquí nuevamente que el *orden público* es un concepto *debilitado* en relación al establecido en el CCA, y si bien es cierto que la noción se incluye en el cuerpo del título preliminar *principista* del CCCN (art.

[13] Para el tema de la incidencia de las clausulas usuales en los contratos en el CCCN, ver en mi país: MUGUILLO (2016).

12), algunos tratadistas se refieren al mismo como un *principio no general* del derecho argentino.[14]

En esta idea, puede decirse que en la actualidad, son elementos esenciales de los contratos entonces: a) Los sujetos (consentimiento), b) el objeto y c) la causa. La forma también se incluye desde mi perspectiva, como otro elemento relevante.

IV.A. Los sujetos (consentimiento). Referencia a los presupuestos. Posicionamiento y teoría de la responsabilidad pre y post-contractual

En la contratación habitual, en lo que respecta a los sujetos importará analizar las reglas generales de capacidad (art. 22 y cc. CCCN) y especiales (arts. 1001, 1002 y afines CCCN) y una vez cumplidas, el siguiente paso es el análisis de la legitimación referida a las relaciones emergentes de la representación legal, orgánica o voluntaria (art. 358 y afines CCCN). Desde la primera, el CCCN trae una innovación fundamental en todo lo atinente a las *niñas, niños y adolescentes*, tanto en materia de capacidad de derechos y de ejercicio (art. 26 y cc.), como en materia de responsabilidad parental y sus principios receptados en las convenciones internacionales con rango constitucional en mi país —ante cualquier decisión que lo involucre, *el menor debe ser oído*, el *principio de autonomía progresiva* y también el *principio de interés superior*— que han sido positivizados en el CCCN (Art. 639) y que en materia de contratos generaron una verdadera revolución, en temas tales como los relativos a la celebración de contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años (art. 681) o del mayor de esa edad (art. 682) contratos en los que se presume la autorización al hijo mayor de dieciséis años para que suscriba los mismos si están relacionados con empleo, profesión o industria (art. 683), los contratos de escasa cuantía (art. 684) entre otros supuestos relevantes. Todo esto indica que el primer presupuesto del consentimiento esencial del Derecho de los Contratos, *la capacidad*, presenta un notable cambio de estructura al que hay que atender seriamente, por cuanto en este tema el paradigma ha mutado absolutamente de perspectiva: mientras que con anterioridad, la capacidad era la medida de la personalidad (RISOLÍA, 1954),[15] en la actualidad el concepto de persona es

[14] GORDILLO (2015) expresa con rigor: "El Código Civil y Comercial de la Nación, que enfatiza en sus primeros artículos precisamente los grandes principios de derecho, no incluye al orden público entre ellos, aunque lo menciona luego en muy repetidas oportunidades, a veces para limitarlo".

[15] El autor afirma categóricamente: "La capacidad no es un elemento propio de los contratos. Corresponde exigirla en toda clase de actos jurídicos. La voluntad que pondera el derecho es la voluntad idónea de quien tiene capacidad, es decir, aptitud jurídica, en el lato sentido con que hemos usado la palabra. El consentimiento, pues, debe ser voluntad acorde de personas capaces" (RISOLÍA, 1954: 77).

revalorizado desde el propio Derecho Constitucional,[16] por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el *Estado*, sino que reconoce su principal origen en el concepto de dignidad (LAFERRIERE, 2016); la misma que en relación a la persona comenzaba a considerarse desde la celebración del *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil* celebrado en Córdoba hace casi cincuenta años (PLONAVICH, 2009), y la misma que hoy conforma un concepto inherente a la persona humana receptado ampliamente en la moderna legislación (HERRERA, 2015) (arts. 51, 52 y cc.).

La referencia al segundo presupuesto, esto es, el de la *legitimación*, está absolutamente relacionado con el tema de la representación, al que he dedicado oportunamente tiempo de estudio, con anterioridad al nuevo régimen legal y desde varios enfoques (COSOLA, 2014).[17] No obstante lo antedicho, resta decir que en este tema, la introducción de un capítulo dentro del desarrollo de la teoría del acto jurídico referido a la teoría de la representación en general (art. 100, 358 a 361 y cc. CCCN) —y voluntaria en particular (arts. 362 a 381 CCCN)— receptiva de los valores de la doctrina y jurisprudencia de los últimos cincuenta años, debe celebrarse y acompañarse con un criterio de interpretación armónico con un Derecho Privado relacionado con principios y fuentes supra-legales.

En todo este marco, se tratan pormenorizadamente los términos de la *oferta y aceptación contractual* (arts. 971 y afines CCCN), y también las responsabilidades que emergen para cada parte ya sean *pre, post, extra o meramente contractual*. En España, ALBALADEJO (1997) advertía hace un tiempo prudente, que la ruptura intempestiva de *los tratos* obliga a indemnizar si no existiera causa justificatoria de la ruptura y la misma constituyera, de acuerdo al *Código Civil Español*, un acto ilícito.

Los supuestos de *responsabilidad precontractual* son considerados en la doctrina argentina desde hace un tiempo prudente; desde ella, el tratamiento de la estructura del ilícito precontractual —antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación causal— y de las

[16] Una de las autoras del entonces anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación devenido hoy en el código unificado vigente, Elena Highton, fue categórica y contundente al referirse al tema de la capacidad y el nuevo paradigma protegido y tutelado por el derecho: "El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código" (HIGHTON, 2016: 199-200).

[17] Ver también: *http://www.revista-notariado.org.ar/2015/02/mandatos-en-los-precedentes-jurisprudenciales-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/*, consultado por última vez el 30/04/2018.

diversas teorías explicativas de su naturaleza han dado lugar a interesantes debates.[18] Fue el genial LÓPEZ DE ZAVALÍA (2006) quien proyectó la dificultad de este tema advirtiendo que el mismo ocurría en la suposición que dos personas entradas en relaciones para concluir un contrato no alcanzan a celebrarlo o lo celebran inválidamente, produciendo daños que no hubieran ocurrido de no haber ocurrido esas relaciones. De ahí que los supuestos que en el derecho contemporáneo generan este tipo de responsabilidad sean todos aquellos que puedan imputar algún tipo de débito de alguna o de ambas partes susceptibles de generar contratos nulos, extinción de declaraciones destinadas a integrar el contrato, ruptura de negociaciones y de los deberes de secreto, comunicación y custodia, lo que genera una tesis de daños a indemnizar (interés positivo, negativo, etc.).

De manera similar a las traídas por el inolvidable maestro del Derecho Civil patrio se presenta el tratamiento del tema desde los principios de derecho contractual europeo, bajo el acápite *responsabilidad en las negociaciones.*[19] La alusión del CCCN a que "el incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato" (art. 991) tipifica en el Derecho Privado argentino unificado el supuesto de responsabilidad precontractual (Hernández, 2016). En última instancia, el Derecho positivo actual no hace más que reconocer los principios esenciales de la responsabilidad, tan bien sistematizados en la genial obra de BETTI (1970: 178) destinada esta vez, a describir la teoría general de las obligaciones: "(…) El derecho anula y coordina cargas y deberes de respeto y de conservación que se concretan y especifican siempre que, por la particular situación de hecho, la actividad de un miembro de la comunidad pone en peligro bienes e intereses de otro".

En este tema, un novedoso aporte del profesor LEIVA FERNÁNDEZ (2016) viene a reconocer que existe responsabilidad precontractual por revocación intempestiva de la oferta no vinculante cuando la misma es intempestiva, injustificada y arbitraria, de la misma manera que existe si una persona acepta la oferta realizando gastos, ignorando que el oferente ha devenido incapaz o ha fallecido. En el CCCN se desarrollan supuestos —además de los referidos que son claramente compartidos por mí—, en lo atinente a lo que se denomina *tratativas contractuales o preliminares* (arts. 990 a 993), siempre recordando que cada vez que en el Derecho de los Contratos se hace referencia a la responsabilidad desde cualquiera de sus alcances, se vuelve imperioso analizar los presupuestos clásicos que generan el deber de indemnizar (VÍTOLO, 2017), y también teniendo especialmente en cuenta

[18] Cfr. STIGLITZ (1993), GARRIDO (2014).
[19] Cfr. Libro *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de "la comisión de derecho contractual europeo") Edición: Olé Lando y Hugh Beale,* Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, págs. 265-274.

que el cuerpo actual reconoce la función *preventiva, punitiva* y *resarcitoria* de la *responsabilidad civil*, entendiendo desde el término *función* una *naturaleza polisémica* relativa tanto a los componentes como a la finalidad de la teoría de la responsabilidad civil actual (VERGARA, 2018). En este tema, no me resultan ajenas otras soluciones provenientes del derecho español de valía y consideración (LLAMAS POMBO, 1999).

Por ello mismo y dentro de ese espíritu, luego de algunos debates interesantes en mi país se ha terminado por admitir el criterio de *unidad del fenómeno resarcitorio* —sea contractual, sea extracontractual— situación que hoy se encuentra prevista normativamente en el cuerpo unificado en vigencia (art. 1716 CCCN), pero atendiendo las diferencias insoslayables entre ambos supuestos especiales —generadas esencialmente en materia de prescripción y de extensión del resarcimiento—. Existe claramente una distinción entre dos órbitas, ya que no puede ser lo mismo incumplir una obligación asumida y consagrada que violentar el deber genérico de no dañar (OSSOLA, 2016). En definitiva, sobre los principios aludidos se analizan los presupuestos de la responsabilidad precontractual y sus vertientes en la teoría contractual contemporánea.

La referencia a la responsabilidad *postcontractual* deviene interesante —independientemente de su difícil justificación determinada por la naturaleza contractual cuando en realidad éste ya ha culminado— si se tiene en cuenta que desde su inicio —momento en que las partes alcanzan la satisfacción de las obligaciones principales del contrato— hasta el momento del cumplimiento del plazo de la prescripción liberatoria pueden ocasionarse problemas y eventualmente daños que generen algún tipo de reproche sobre el contrato ya cumplido (por ejemplo, si no se prevé en el contrato de transferencia de fondo de comercio la prohibición de competir) (LEIVA FERNÁNDEZ, 2007).

IV.B. El objeto

Del elemento *objeto* importará el análisis de su estructura y composición, de su posibilidad de *ser un objeto contractual*, y su contenido económico no vedado ni limitado por ninguna norma de orden público (arts. 279, 280 1003 y cc. CCCN). Como lo recordaba el maestro MESSINEO (1986) no habría dificultad en asumir que el objeto del contrato y el objeto de la obligación (prestación) pueden inclusive ser en ocasiones una misma y sola entidad, y que a la teoría general del contrato le resulta importante tener en cuenta, por cuanto en circunstancias el objeto —relacionado con una *res* o con una *cosa*— puede consistir únicamente en una simple prestación (*non facere*). Pero ello obliga a ser preciso en admitir que objeto del contrato no es la mera creación de obligaciones, sino especialmente sus efectos y en la función económica de la operación jurídica realizada por las partes (STIGLITZ, 1992); tal es así que también en circunstancias, el objeto del contrato no puede confundirse con el objeto de las obligaciones quizás porque el primero puede ser contrario

al ordenamiento jurídico positivo (contrato sobre herencia futura, con algunos bemoles interesantes según el art. 1010 CCCN) y no así la prestación que este con ello relacionada (transmisión de derechos del heredero) (STIGLITZ, 1992). Esto obliga a considerar en el tema lo que se denomina *el contenido del contrato,* que son las reglas de conducta, los preceptos creados por las partes en el marco de la libertad de contratación, aquellos ineludibles propios de los mandatos legales que posicionan al ordenamiento jurídico a aplicar criterios imperativos y también supletorios, y los usos y costumbres propios del lugar de celebración (STIGLITZ, 1994).

La regla general es que toda prestación puede ser objeto de un contrato, salvo las que el cuerpo unificado prevé como no posibles: las relativas a los hechos imposibles o prohibidos por las leyes, contrarios a la moral, al orden público y las que fueren lesivas de cualquier derecho ajeno o de la propia dignidad de la persona humana (BORDA, 2016). Dentro de este marco, el objeto del contrato debe reunir las exigencias y cualidades que cada legislación impone dentro de ellas: la necesidad que el mismo sea determinado o determinable, lícito, posible, susceptible de valoración económica y ser correspondido con un interés de las partes (art. 1003 CCCN), pudiendo inclusive tratarse de bienes existentes o futuros (art. 1007 CCCN) o incluso ajenos (art. 1008 CCCN) y litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares (art. 1009 CCCN).

En definitiva, como lo ha expuesto hace tiempo VIDELA ESCALADA (1968) objeto es la materia sobre la cual versa el acto (contrato); el aspecto objetivo del contrato se encuentra identificado con los bienes y con los hechos sobre el cual el mismo versa. A esta tesis adhiere GASTALDI (2003), argumentando que el objeto como materia, debe siempre ser separado de la causa o finalidad del contrato que tiene que ver con la voluntad, con la intención, desde una perspectiva eminentemente *subjetiva*.

IV.C. La causa

El elemento causa no es propio del análisis del Derecho de los Contratos. Por el contrario, es el único elemento que se erige como un baluarte indiscutible de la filosofía jurídica. Es desde allí desde donde se postula que para poder llegar a alcanzar una comprensión y aprehensión profunda de la realidad cambiante del derecho —que incluye escapar de la mera experiencia jurídica para acercase al hecho *verum*, y con él, a la propia juridicidad— es necesario acudir a su *explicación causal* (VIGO, 1983). Toda relación jurídica, argumenta LLAMBÍAS (1991), se encuentra sujeta al principio de *razón suficiente.* Y por esa razón desde el Derecho Civil, la causa se analiza y proyecta en todos los actos jurídicos desde una doble perspectiva: la primera, relativa a la finalidad general, igual y uniforme para todos los actos de similar naturaleza (art. 726 CCCN), y la segunda, relacionada con la finalidad propia de cada acto en especial, momento donde adquieren especial relevancia los

motivos que cada parte ha debido tener para poder impulsar y realizar el Derecho Contractual (art. 281 CCCN) (VIDELA ESCALADA, 1968).

La discusión en el Derecho de los Contratos del tema de la causa en mi país —inclusive proyectada desde la teoría del acto jurídico— hizo que algunos terminaran por considerarla elemento esencial del acto/contrato en alusión directa tanto de su aspecto objetivo —causa fuente— como de su aspecto subjetivo —causa fin—. Otros en cambio prefirieron adherir a la tesis que afirmaba que dentro de la enumeración de los elementos esenciales de los contratos la causa no podría nunca ser advertida, precisamente porque la misma se encontraba indiscutidamente ligada a la composición de la voluntad (intención), conjuntamente con el discernimiento y la libertad. Para esta teoría, la imposición de la causa fin como elemento del acto volitivo —y por ende, del contrato— era una realidad innegable.

El Derecho actual considera a la causa desde una visión *dualista:* causa como fin inmediato —motivos determinantes de las partes para realizar el acto— y causa como fin mediato, relacionada con la función económica y social que el contrato proyecta desde el ordenamiento (BORDA, 2016). La misma se proyecta y analiza tanto desde la teoría general del contrato (art. 1013 CCCN) como desde la teoría del acto jurídico (art. 281 CCCN), debiendo agregarse que existe una presunción de existencia de la causa aunque la misma no esté expresada, salvo prueba en contrario (art. 282 CCCN), que la falta de causa genera la nulidad del acto —salvo adecuación o extinción (art. 1013 CCCN)— de la misma manera que lo genera la causa ilícita (art. 1014 inc. a) CCCN). El tema de la causa proyecta el interesantísimo supuesto de la *frustración del fin del contrato*, que por su importancia y debido a su reciente incorporación al cuerpo del Código unificado, relacionaré seguidamente de manera breve.

IV.C.1. La frustración de la finalidad[20]

El enorme Karl Larenz adelantaba hace ya algunos años, que si a causa de una imprevista transformación de las circunstancias se hiciere imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes en un contrato expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio, cada una de ellas podía resolverlo si el mismo aún no había concluido o si todavía no se había cumplido. El principio general en esta materia, nos advierte el autor alemán, debe establecer lo siguiente: "Excepto en caso de una imposibilidad efectiva, no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias" (LARENZ, 2002: 138-139).

[20] Para ampliar el tema ver: ACQUARONE (2015).

En mi país se enseñaba que la frustración del fin del contrato es la frustración de la *causa*, debiendo tenerse especialmente en cuenta el fin o finalidad asumida por las partes, que se vea malograda *ab initio* en su esencia (STIGLITZ, 1992). En esta inteligencia, la frustración no genera un obstáculo en el campo fáctico, sino en el volitivo. El acreedor deja de desear el cumplimiento porque aunque el mismo ocurra, la prestación carece del sentido perseguido al contratar, en definitiva, se pierde el interés que se buscaba satisfacer al momento de contratar (LEIVA FERNÁNDEZ, 2014). Por su parte, las *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en Buenos Aires en la sede de la *Universidad Notarial Argentina* en el año 1991 consideraron el tema estableciendo que la frustración del contrato es capitulo inherente a la causa, entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.[21] Consecuentemente, para que pueda configurarse la frustración del contrato debe hacerse necesaria la confluencia de ciertos presupuestos, entre los que cuentan la existencia de contrato en etapa funcional, de naturaleza bilateral con causa manifestada, que sufre la alteración de las circunstancias que no responde a la culpa ni a la mora de alguien sino a razones externas y ajenas a la voluntad de las partes (STIGLITZ, 1992).

En el Derecho actual, la frustración definitiva de la finalidad del contrato viene a autorizar a la parte perjudicada a declarar su resolución, la que se vuelve operativa cuando la misma parte comunica su declaración extintiva a la otra. En el caso de la frustración de la finalidad de manera temporaria, la resolución es posible únicamente si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución reviste el carácter de esencial (art. 1090 CCCN).

IV.D. La referencia a la forma como elemento del acto y del contrato[22]

Muy a pesar que ciertas corrientes actuales consideran a la forma como un elemento no esencial, así prefiero yo considerarla tanto dentro de la teoría general del acto jurídico (art. 284 CCCN) como dentro de la teoría general del contrato (art. 1015 CCCN). Comienzan entonces a cobrar relevancia las enseñanzas de algunos de los autores patrios que advertían hace tiempo que eran verdaderamente impropias las designaciones de los negocios, o actos jurídicos o contratos *sin forma* o *no formales.*[23] En el Derecho Privado actual, el establecimiento del elemento *forma* como máxima expresión de la exteriorización de la voluntad implica dotar al acto de validez, vigencia y eficacia. Y desde aquí que se enseña con acierto —y en sintonía con lo expuesto en las líneas anteriores— que la voluntad pertenece a una esfera del individuo que es incapaz de trascender por sí misma, y

[21] Libro *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
[22] Para ampliar conceptos en este punto, ver: COSOLA (2014), COSOLA (2015).
[23] CIFUENTES (2004); CIFUENTES (2001); CIFUENTES (2011); LORENZETTI (2004) y entre otros, REZZÓNICO (1999).

por esa razón, la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto. En palabras del genial ZINNY (2008: 42): "forma es acción; acción que incluye además el gesticular, hablar, escribir, manipular la computadora, entregar, edificar y sembrar, y a veces es callar o estarse quieto".

La regla general sostiene que prevalece la autonomía de la voluntad por sobre todo tipo de formalismo. Sin embargo, muy a pesar de la fuerza del mencionado principio también receptado en la nueva legislación (arts. 958 y 962 CCCN) se exceptúan aquellos casos especiales que en razón de la seguridad o finalidad, requieren de forma impuesta por la ley. En relación a este tema, el gran autor notarialista español Rafael Núñez Lagos insistía desde sus hechos y derechos en el instrumento público que había que diferenciar el continente (instrumento) del contenido (acto o contrato), muy a pesar que su tratamiento en conjunto era —¡y es!— tan necesario como indispensable. En consecuencia, la forma presenta un límite al principio de libertad (arts. 284, 969, 1015 y cc. CCCN) que es el de la forma legal o impuesta, prevista para ciertos actos puntuales y específicos (en especial, art. 1017 CCCN).

V. Los efectos de los contratos

El principal efecto es el cumplimiento, el cual por principio afectara la órbita patrimonial de los sujetos contratantes, y no la de los terceros, salvo casos concretos, puntuales y específicos previstos en el cuerpo del Código unificado (arts. 959, 1021 y sig. CCCN) o que resulten de consecuencias mediatas a la contratación (art. 961 y afines CCCN). Puede haber además vicisitudes en torno al normal cumplimiento, producidas particularmente por algunos contratos, como el distracto (art. 1076 CCCN); la señal o arras (art. 1059 CCCN); el pacto comisorio (arts.1086 y 1087 CCCN); la suspensión de cumplimiento total o parcial (art. 1031 CCCN), las cláusulas abusivas (art. 988 y afines CCCN) y la denominada obligación de saneamiento (art. 1033 y afines CCCN) omnicomprensiva tanto de la denominada evicción como de los vicios ocultos.

Si se diera el efecto del incumplimiento, las normas positivas y vigentes presentan las soluciones o al menos, algunas determinaciones. Si fueran hechos extintivos, podrán presentarse los institutos de la confusión y la caducidad, la imposibilidad de cumplimiento, la muerte del deudor en los contratos que tengan naturaleza de *intuitu personae*. Si fueran actos extintivos, se darán entonces los supuestos de renuncia, rescisión, resolución, revocación (art. 1077 CCCN) y la transacción, actualmente devenida en contrato típico (art. 1641 CCCN) —a diferencia del régimen anterior que la proyectaba como uno de los tantos modos de extinción de las obligaciones—, mientras que desde el punto de vista del origen, existirán también los actos nulos (art. 386 CCCN) y los actos inoponibles (art. 396 CCCN).

V.A. La operación económica y el contrato

Las modernas codificaciones se orientan en lo que de manera contundente las comisiones de reforma de los códigos de *Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico* dejaron plasmando, a finales del siglo pasado en la denominada *Acta de Arequipa.* Se refirieron allí a la necesidad de formular nuevos cuerpos legales que tengan en cuenta las nuevas realidades, las internacionalización de las operaciones jurídicas y económicas, la armonización de los sectores medulares del Derecho Privado, la adecuación de los códigos a la *Constitución Nacional* de cada Estado, la protección de los débiles, el respeto a la autonomía de la voluntad "en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación", y en especial , la reformulación de "los principios de la contratación con el fin de adecuarlos a las modernas necesidades para que se puedan contemplar desde allí a las instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos en un marco de equidad" (ZINNY, 2008: 17).

Un reciente estudio de GABRIELLI (2017: 8) demuestra la importancia de analizar la operación económica del contrato, es decir, sobre el negocio considerado, no solamente el tipo contractual de que se trate, sino además "la concreta regulación del autorreglamento de los intereses privados". El autor postula que para alcanzar a visualizar la realidad sustantiva del negocio debe buscarse en el conjunto de operaciones económicas que permiten apreciar claramente cuál es su esencia. Esas operaciones económicas que ocurren en la vida de relación, por las cuales las personas llevan adelante y a partir de las presiones sociales, al decir de BETTI (2001), el decisorio de ejercer derechos económicos y sociales. Las mismas que confirman al contrato como institución y también, como centro de vida de los negocios (RIVERA, 2017).

En este esquema, existe lo que denomina *el riesgo contractual,* consecuencia directa de eventos negativos, no previstos, sobrevinientes o inevitables que acontecen en el transcurso de la vida del contrato (GABRIELLI, 2017). El CCCN considera normativamente la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1091), comúnmente denominada teoría de la imprevisión contractual. La misma viene a contemplar el acontecimiento de una situación jurídica especial, en la cual la autonomía de la voluntad queda sustituida por un elemento extraño a tal principio y que trae como consecuencia la resolución del contrato en los casos en que el mismo era bilateral, oneroso y conmutativo, por cuanto se torna excesivamente gravosa la prestación continuada, periódica, o de ejecución diferida asumida por la parte contratante. La excesiva onerosidad no reconoce como causa exclusiva ni la culpa ni la mora del damnificado, por cuando todo se vuelve inoperante frente al acaecimiento de esos hechos imprevisibles y extraordinarios (SPOTA, 2009). Se fundamenta entonces porque lo que emerge es un desequilibrio sobreviniente, una situación que repugna a la justicia conmutativa, por cuanto se sufre una alteración de las circunstancias en que las partes fundaron su decisión de contratar (MOSSET ITURRASPE, 1977).

En el CCCN se establece que si un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente presenta el problema de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por parte de una de las partes, por habérsele tornado excesivamente onerosa la misma por la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de la celebración, la misma tiene derecho a plantear judicial o extrajudicialmente —por vía de acción o de excepción—, tanto la adecuación como la resolución total o parcial del contrato. Las mencionadas reglas se extienden también a los terceros, a quienes se les han conferido derechos o asignado obligaciones, propias del contrato. Finalmente se considera la posibilidad de la resolución del contrato aleatorio si la prestación se vuelve excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia (art. 1091).

VI. Conclusiones

a) En la República Argentina, la parte general del Derecho de los Contratos tipificada en el CCCN recepta instituciones clásicas y también modernas —estas últimas desde el aspecto normativo—, de notable trascendencia y vigencia, que son las que se fueron mencionando a lo largo y ancho del presente ensayo.

b) Como con razón se afirma, el CCCN ha cobijado una nueva matriz jurídica bastante diferente a la establecida anteriormente, priorizando una nueva perspectiva tanto en la proyección de los nuevos derechos como en su aplicación y concreción final (GRAJALES, 2016).

c) En este sentido, el sistema de valores que entronca el Derecho Constitucional nacional, expresa APARICIO (2016), se proyecta ineludiblemente hacia todos los ámbitos del derecho en forma de directriz y por ello, no puede haber contradicción entre los sistemas de derecho que se enmarcan por debajo de los *postulados constitucionales*.

d) Hacia finales del siglo pasado, era común escuchar en las conferencias del profesor Alterini relativas al objeto de tutela de los códigos civiles argentinos, la alusión a que el CCA era el cuerpo legal de los ricos y de los pobres, mientras que el Derecho actual —y en especial el malogrado proyecto de unificación argentino del año 1998 del cual formó parte—[24] sería el promisorio código de los consumidores.

[24] Cfr. Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

e) El CCCN actual se orienta en ese camino, y no debe albergarse duda alguna en decir además que inclusive, es el código de la voluntad, por cuanto como he referido, jamás el orden público se vio tan relativizado como en la actualidad.

f) Consecuentemente, la teoría general del contrato debe considerarse como descripta dentro de un sistema que contiene normas pero también principios y valores, que deben argumentarse desde la ley y también desde el Derecho, intentando alcanzar en cada caso, lo justo que a cada cual le pertenece, tesis que en España sostienen desde el notariado VALLET DE GOYTISOLO (1973a, 1973b), DELGADO DE MIGUEL (1992; 1998) y LORA TAMAYO RODRÍGUEZ (2012). A las mismas adscribo con convencimiento y con fe en el Derecho.

Bibliografía

ACQUARONE, M. T., COSOLA, S. J. y ROCCA, R. (2015) "Contratos. Parte General", en CLUSELLAS, E. G. (coord,), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado,* t° 3, Astrea y FEN, Buenos Aires.

ALBALADEJO, M. (1997) *Compendio de derecho civil,* 10ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona.

APARICIO, J. M. (2016) *Contratos. Parte General,* vol. 1 y 2, Hammurabi, Buenos Aires.

ARMELLA, C. N. (2015) *Contratos conexos,* La Ley, Suplemento Especial: *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-Contratos*, Buenos Aires.

AYUSO, M. (2016) *Constitución. El problema y los problemas,* Marcial Pons, Madrid.

BAROCELLI, S. S. (2017) "El derecho del consumidor y el nuevo código civil y comercial", en KRIEGER, W. F. y BAROCELLI, S. S., *Derecho del consumidor,* El Derecho, Buenos Aires.

BETTI, E. (1970) *Teoría General de las Obligaciones,* t° II, Trad. José Luis de los Mozos, Revista De Derecho Privado, Madrid.

—— (2000) *Teoría general del negocio jurídico,* trad. Martín Perez, Comares, Granada.

— — (2001) "Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico", en BETTI, E., GALGANO, F., SCOGNAMIGLIO, R. y BATTISTA FERRI, G., *Teoría General del negocio jurídico,* Ara Editores, Lima.

BORDA, A. (2016) *Derecho Civil-Contratos,* Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires.

BUERES, A. J. (dir,) - COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. y GEBHARDT, M. (coord,) (2018) *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias,* t° 3C, Hammurabi, Buenos Aires.

CARNELUTTI, F. (1955) *Teoría General del Derecho,* Revista de Derecho Privado, Madrid.

CASTÁN TOBEÑAS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. y LÓPEZ CABANA, R. M., (2000) *Sistemas jurídicos contemporáneos,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CIFUENTES, S. (2001) "Forma de los actos jurídicos", en BELLUSCIO, A. C. (Director) y ZANNONI, E. A., *Código Civil y Leyes complementarias,* t° 4, 3° reimp., Astrea, Buenos Aires.

—— (2004) *Negocio Jurídico,* Astrea, Buenos Aires.

—— (2011) *Código Civil Comentado y Anotado,* con la coordinación de SAGARNA, F. A., t° II, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires.

COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (1992) *El negocio jurídico,* Astrea, Buenos Aires.

CONTRERAS LÓPEZ, R. S. (2016) *Derecho Civil,* Porrúa, México.

COSOLA, S. J. (2014) "Contrato de Mandato", en ARMELLA, C. N. (dir.) - Esper, M. (coord.), *Corte Suprema de Justicia de La Nación. Máximos Precedentes-Contratos,* La Ley, Buenos Aires.

—— (2010) "Principios de la contratación inmobiliaria", en ACQUARONE, M. T. (dir.), *Derecho Inmobiliario,* Di Lalla Ediciones, Buenos Aires.

—— (2014) "Forma y prueba del acto jurídico" (arts. 284 a 288); "Instrumentos públicos" (arts. 289 a 298); "Escritura pública y acta" (arts. 299 a 312); "Instrumentos privados y particulares" (arts. 313 a 319), en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.) – ESPER, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* t° I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires.

—— (2015) "Importancia del desarrollo de los valores emergentes de los instrumentos públicos en el seno del nuevo derecho privado constitucional argentino", en *Revista en Letra*

(Referato Latindex), consultado en: [https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-cosola.pdf] el 13/07/2018.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1992) "La esencia deontológica de la profesión notarial", en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Compilador) *Deontología notarial,* Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado Español, Madrid.

—— (2002) *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid.

DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1998) *La deontología notarial frente a los clientes, a los colegas y al Estado,* Graficas Summa, Asturias.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. (2003) *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid.

—— (2015) *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I, 12° edic., Tecnos, Madrid.

DWORKIN, R. (2002) *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona.

ESPINOZA-ESPINOZA, J. (2017) *Acto jurídico negocial,* 4ª edic., Instituto Pacífico, Lima.

GABRIELLI, E. (2017) *Operación económica y teoría del contrato,* Astrea-G. Giapppichelli Editore, Buenos Aires.

GALINDO GARFIAS, I. (2015) *Derecho Civil-Primer Curso,* 29ª edic., Porrúa, México.

GARRIDO, R. F., ZAGO, J. A. y GARRIDO CORDOBERA, L. M. (2014) *Contratos Civiles y Comerciales,* 1-Parte General, 3ª edic., Hammurabi, Buenos Aires.

GASTALDI, J. M. (1994) *Contratos*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

—— (2003) *Introducción al estudio del contrato*, La Ley, Buenos Aires.

GORDILLO, A. (2015) *Orden público como principio no general del derecho argentino, LL* 2015-F-1041.

GRAJALES, A. A. y NEGRI, N. J. (2016), *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial,* Astrea, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ, C. A. (2016) "El consentimiento contractual", en NICOLAU, N. L., y HERNÁNDEZ, C. A. (dirs.) y FRUSTRAGLI, S. A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de La Nación,* La Ley, Buenos Aires.

HERRERA, D. A. y VIGO, R. L. (2016), "El concepto de persona humana y su dignidad", en *Personas Humanas,* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

HIGHTON, E. I. (2016) "Capacidad de los menores de edad", en *Personas Humanas,* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

LAFERRIERE, J. N., (2016) "La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales", en LIMODIO, G. (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial,* Educa, Buenos Aires.

LAMARCA MÁRQUEZ, A. (2013) *Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch),* Marcial Pons, Madrid.

LAMBER, R. A. (2003) *La escritura pública,* t° I, FEN, La Plata.

LARENZ, K. (2002) *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P. (2007) "La responsabilidad postcontractual", en *Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa* del mismo autor, La Ley, Buenos Aires.

—— (2014) *La frustración de la causa fin del contrato*, La Ley-Diario.

—— (2016) "Contratos", en ALTERINI, J. H. (dir. general) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P (dir. de tomo) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético,* 2ª ed., t° V, La Ley, Buenos Aires.

Libro *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (2005) La Ley, Buenos Aires.

Libro *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de "la comisión de derecho contractual europeo")* (2003) *Edición: Olé Lando y Hugh Beale,* Consejo General del Notariado, Madrid.

LLAMAS POMBO, E. (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor- Entre la aestimatio rei y el id quod interest,* Trivium Editorial, Madrid.

— — (2002) *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

LLAMBÍAS, J. J. (1991) *Tratado de derecho civil-parte General*, T° II, actualizado por RAFFO BENEGAS, P., Editorial Perrot, Buenos Aires.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. (2006) *Teoría de los contratos- Parte General,* t° 1, Zavalía, Buenos Aires.

LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I. (2012) *Derecho y crisis económica,* Revista Jurídica del Notariado, XII extraordinario, Madrid, (Separata).

LORENZETTI, R. L. (2004) *Tratado de los Contratos- Parte General,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— — (2016) *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de La Nación,* La Ley, Buenos Aires.

MESSINEO, F. (1986) *Doctrina General del Contrato,* t° I, trad. FONTANARROSA, R., SANTIS MELENDO, S. y VOLTERRA, M., con notas de Derecho Argentino de V. NEPPI, EJEA, Buenos Aires.

MORENO RODRIGUEZ, J. A. (2014) *Hechos y actos jurídicos,* Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política e Intercontinental Editora, Asunción.

MOSSET ITURRASPE, J. (1977) *Justicia Contractual*, Ediar, Buenos Aires.

— — (1999) *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— — (2011) *Derecho Civil Constitucional,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MUGUILLO, R. A. (2016) *Contratos civiles y comerciales. Parte General,* Astrea, Buenos Aires.

MUÑOZ, L. (1960) *Contratos,* t° I, TEA, Buenos Aires.

NICOLAU, N. L. (2009) *Fundamentos de derecho contractual,* t° I, La Ley, Buenos Aires.

NINO, C. S. (2003) *La validez del derecho*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires.

OJEDA RODRÍGUEZ, N., *Derecho de los contratos. Teoría General,* Félix Varela, La Habana, 2006.

ORGAZ, A. (1963) *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Editor Víctor p. de Zavalía, Buenos Aires.

OSSOLA, F. A. (2016) *Responsabilidad Civil,* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. (2012) *Contratos civiles,* 14ª ed., Porrúa, México.

— — (2013) *Doctrina notarial internacional,* Porrúa y Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México.

PÉREZ GALLARDO, L. B. (2011) *Código Civil de la República de Cuba,* Anotado y concordado, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.

PLOVANICH, M. C. (2009) "Los derechos de la personalidad y su protección legal", en AA.VV., *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, t° I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba- Advocatus, Córdoba.

QUAGLIA, M. C. (2018) "Contratos en general", en BUERES, A. J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. y GEBHARDT, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias,* t° 3C, Hammurabi, Buenos Aires.

REZZÓNICO, J. C. (1999) *Principios fundamentales de los contratos,* Astrea, Buenos Aires.

RISOLÍA, M. A. (1946) *Soberanía y crisis del contrato,* Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires.

— — (1954) *Capacidad y contrato,* Abeledo Perrot, Serie Monografías Jurídicas n° 14, Buenos Aires.

RIVERA, J. C., CROVI, L. D. y DI CHIAZZA, I. G. (2017) *Contratos. Parte General,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

ROJINA VILLEGAS, R. (2014) *Compendio de derecho Civil. Introducción, Personas y familia,* 14ª ed., t° I, Porrúa, México.

ROSATTI, H. (2016) *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

SÁNCHEZ MEDAL, R. (2013) *De los contratos civiles,* 25ª ed., Porrúa, México.

SPOTA, A. G. (2009) *Contratos-Instituciones de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires.

STIGLITZ, G. A. (1993) "Responsabilidad precontractual", en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Contratos-Teoría General,* t° II, Depalma, Buenos Aires.

STIGLITZ, R. S. (1992) *Objeto, causa y frustración del contrato,* Depalma, Buenos Aires.

—— (1993-1994) *Contratos-Teoría General*, II Tomos, Depalma, Buenos Aires.

—— (1994) "Contenido del contrato", en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Contratos. Teoría General,* t° I, Depalma, Buenos Aires.

TOLLER, F. M. (2016) *Sistema de citas y redacción en derecho,* Marcial Pons, Buenos Aires.

TORRES VÁZQUEZ, A. (2016) *Teoría General del Contrato,* II Tomos, Instituto Pacífico, Lima.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1973a) *En torno al derecho natural,* Organización Sala Editorial, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1973b) *Panorama del derecho civil,* 2° ed., Bosch, Barcelona.

VERGARA, L. (2018) *Sistema maestro de responsabilidad civil,* Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires.

VIDAL RAMÍREZ, F. (2016) *El acto jurídico,* 10ª ed., Instituto Pacífico, Lima.

VIDELA ESCALADA, F. (1968) *La causa final en el derecho civil,* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VIGO, R. L. (1983) *Las causas del derecho,* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VIGO, R. L. (1999) *Interpretación jurídica,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

VÍTOLO, D. R. (2017) *Manual de contratos,* T° I, Editorial Estudio, Buenos Aires.

ZAVALA, G. A. (2003) *La forma notarial,* en Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial n° 2, Consejo General del Notariado Español, Madrid.

ZINNY, M. A., (2008) *Instituciones de derecho privado,* Ad Hoc, Buenos Aires.

CÓDIGOS

Código Civil Argentino, con las notas explicativas, Editora Platense, 1961.

Código Civil Argentino, Zavalía, Buenos Aires, 1998.

Código Civil y Comercial de La Nación, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), Marcial Pons, Madrid, 2013.

Código Civil de la República de Bolivia, Ediciones Nacionales Serrano, Cochabamba, 2008.

Código Civil de la República de Cuba, Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Perú, Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2017.

Código Civil Paraguayo y Código Procesal Civil, Ediciones Librería El Foro S.A, Asunción, 2016.

Código Civil, 7° edic. anotada y concordada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Código Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

LAS IMPLICANCIAS DE LA INFIDELIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS*

Miguel W. ARECHA**

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2018

En la actual sociedad de consumo, que se ha sido caracterizada como "líquida" (BAUMAN y DASSAL, 2014) precisamente se ha puesto en crisis el compromiso y la consiguiente responsabilidad. La libertad nos constituye como seres humanos y se caracteriza como la capacidad del hombre para decidir por sí mismo. Pero en la sociedad consumista líquida esa capacidad de decisión está dirigida por una lógica binaria o digital (HERNANDEZ, 2014: 40). Al hombre actual, cuya esencia es la libertad, frecuentemente le resulta insoportable asumir sus propias culpas olvidando que la libertad es responsabilidad (FERNANDEZ SESSAREGO, 2014).

Resumen

En el presente trabajo propondré un estudio sobre la forma en la que el nuevo deber moral de fidelidad incide para la admisión concreta de acciones resarcitorias en el plano del Derecho de Daños. Para ello, me ceñiré a analizar la significancia propia de este deber, readecuándolo a las pautas culturales y legales vigentes, repasaré las principales posiciones autorales y jurisprudenciales sobre el tema, brindaré algunas reflexiones argumentativas para fijar mi posición y, finalmente, indicaré aquellos supuestos en los que procedería la tutela resarcitoria.

---

* Este artículo fue presentado originalmente como trabajo final en el "Curso de Especialización en Contratos y Daños" de la Universidad de Salamanca (España).

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) (2012). Docente de la Universidad de Buenos Aires en la materia Instituciones del Derecho Privado (Titular de cátedra: Carlos Negri). Se desempeña profesionalmente en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del Poder Judicial de la Nación Argentina.

Palabras clave

Derecho de Daños – infidelidad – responsabilidad civil – deber moral – resarcimiento – tutela resarcitoria

IMPLICATIONS OF INFIDELITY IN TORT LAW

Abstract

The present paper explores the way in which the new moral duty of fidelity influences the concrete admissibility of claims for damages under Tort Law. It is limited to the analysis of the significance of this duty, adapting it to the current cultural and legal guidelines, while reviewing the main positions of authors and case law on the matter, and reflecting on them to fix the author's position. Finally, the paper determines those cases in which, according to the author, the claim should succeed.

Keywords

Tort Law – adultery – civil responsibility – moral duty – compensation – damages

I. Introducción

En Argentina, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 1° de octubre de 2014 a través de la ley 26.994.

Fue un hito no sólo por los cambios que trajo aparejado en el mundo jurídico, sino también porque el antiguo Código Civil —redactado por Vélez Sarsfield— había entrado en vigencia el 1° de enero de 1871 y desde entonces únicamente había sufrido algunas modificaciones y agregados por leyes especiales que alteraron parte de su esquema.

El nuevo plexo normativo ha mantenido inertes ciertos conceptos del régimen anterior, pero también ha venido a receptar las posturas que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado sobre distintos tópicos en los últimos tiempos.

Se puede visualizar una medular modificación en lo que hace a los deberes matrimoniales: de la fórmula tantas veces escuchada "*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*" (art. 198 del Código Civil) se ha pasado a un renovado y

sacramental texto que establece que "*Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua*" (art. 431 del Código Civil y Comercial).

En el presente trabajo me propondré estudiar desde distintas perspectivas la forma en que se inserta en el Derecho de Daños un deber eminentemente familiar como lo es el de fidelidad.

Así, abordándolo de manera unitaria y coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 del Código Civil y Comercial),[2] circunscribiré el examen a cuestionar si la inobservancia de aquel deber debería importar la procedencia de una acción del tipo resarcitoria.

II. Deber de fidelidad

Entre los distintos débitos matrimoniales el deber de fidelidad siempre ha sido el que despertó las mayores controversias, siendo acompañado a lo largo de la historia por distintos debates, esencialmente de índole ético, muchas veces adaptados a contextos ideológicos determinados por la época.

Es bajo esta trama que la conceptualización de la fidelidad ha mutado dando espacio a una idea que sobrepasa los límites de la exclusividad sexual, más bien emparentada con la lealtad en un sentido más abarcador del término.

Tradicionalmente la infracción del contenido del deber de fidelidad se ha identificado con el adulterio (ZAMBRANO, 2016: 392) Se referenciaba que "*el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio y que éste tiene un fundamento moral*", afirmándose que "*la unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrajada si se permitieran las relaciones extraconyugales. Es, pues, el primero entre los deberes conyugales, y tiene carácter recíproco*" (BORDA, 2016: 203).

Frente a aquella postura, en la actualidad existen tendencias que aproximan su definición a "*comportamientos como la lealtad o la exclusividad en las relaciones anímicas íntimas que tan sólo deben tener lugar con la persona del cónyuge, no traicionar la confianza recíproca y no descuidar la atención física y espiritual de otro*" (ECHEVERRÍA DE RADA, 2015: 2). En

[2] Artículo 2 del Código Civil y Comercial: "*Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*".

efecto, para ejemplificar, el Código de Cataluña no menciona la fidelidad, sino que se refiere, a la hora de configurar los deberes, a guardarse lealtad.[3]

Por lo tanto, no es posible que la exclusividad sexual constituya por sí sola un criterio exhaustivo de valoración, ni tampoco el cumplimiento de la promesa verbal o su infracción, siendo necesario cuidar el comportamiento general y, en concreto, la dirección que han de darle a la vida familiar (SESTA, 2016: 393).

Aquella aproximación sobre este deber no puede escapar a la hora de reflexionar sobre la procedencia de acciones indemnizatorias, pues reprochar una conducta adúltera sin teorizar sobre qué es lo que debe entenderse por fidelidad carecería de todo sentido lógico.

En definitiva, aquella re-significación servirá de norte para determinar de qué infracción hablamos objetivamente.

III. Contexto en el que se debate sobre el asunto

Como señalé en el introito de este trabajo, entran en juego aquí dos ramas del derecho que, si bien diferenciadas, en el área específica que nos incumbe se superponen para dar lugar a una dificultosa coexistencia.

Cada una de estas materias —el Derecho de Familia y el Derecho de Daños— presenta la singularidad de que en las últimas décadas han entrado en contingentes crisis que han multiplicado sus paradojas.

En el Derecho de Familia, el seno del grupo social objeto de regulación ha sufrido cambios paradigmáticos en el plano sociológico que han repercutido en el ámbito de incumbencia del Derecho.

El paso de un modelo "patriarcal" a otro "autorreferencial" ha modificado la manera en que se entiende a la familia.

En búsqueda de evitar fomentar y extender las controversias internas entre los familiares y con el fin de mantener la armonía doméstica, las disputas solían resolverse

[3] Art. 231, inc. 1, Código de Cataluña.

dentro del cerrado círculo de la familia, en el que el esposo llevaba las riendas en la toma de decisiones. Más luego, con la llegada del modelo "autorreferencial", la persona en su individualidad pasa a cubrir el centro de la escena, introduciéndose derechos fundamentales tendientes a que la igualdad moral y jurídica se viera emparejada entre miembros de los distintos grupos sociales, entre los cuales no quedaron exceptuados los cónyuges.

Este cambio importó un alejamiento de los conceptos de inmunidad y de privilegio, anteriormente auspiciados por el modelo "paternalista", dándose paso a un lugar de autorrealización y de crecimiento, en el que los roles fuesen, conforme al principio de autonomía familiar, más de acuerdo personal que de pautas culturales, donde el respeto luciera como la única forma de comportarse y en el que se tutelara y reconociera al consorte más como persona humana jurídicamente protegida que como tal.

Así la familia pierde sus connotaciones institucionales, ganando espacio la nueva idea de familia como comunidad, en la que los sujetos que la componen desarrollan sus personalidades libremente.

Se asiste entonces en el campo jurídico a una disminución de los deberes matrimoniales para dar lugar a mayores derechos que se proyectan sobre aspectos de la personalidad, a la vez que se desregularizan las motivaciones que generaron las separaciones, pero con una mayor patrimonialización de las consecuencias económicas.

En el camino propio del Derecho de Daños, no parece ser sólo una cuestión semántica que su denominación haya partido desde el de la Responsabilidad Civil hacia su actual título en el que prima con relevancia la figura del "daño". Varió la antigua óptica de reproche del causante del menoscabo, con la idea de culpa entronizada, hacia un nuevo examen concreto de la situación en que ha quedado la víctima. Así, se pasa de un modelo en el que el operador del derecho se preocupaba en demasía por valorar la conducta del deudor hacia otro en que se relativiza aquella postura, debiendo indagarse si es justo que soporte el daño quien lo ha recibido.

En paralelo, existe un proceso de "constitucionalización" que alcanza al Derecho Privado en su integridad, sentándose en el nuevo Código Civil y Comercial la tan reclamada "comunidad de principios con la Constitución" que le otorga una merecida jerarquía al Derecho de Daños y genera la necesidad de una armonización con otros preceptos de igual rango.

Así, hoy en día nadie discute la habilidad del Derecho de Daños para impregnar el Derecho Privado, y en particular, el Derecho de Familia. Este fenómeno de penetración tan

resistido en sus orígenes se ha consolidado en las últimas décadas al emerger la protección de los derechos humanos de los miembros de la familia y al potenciarse la autonomía en la configuración de las relaciones conyugales y parentales (FAMÁ, 2015).

En las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca" se concluyó por unanimidad que "*El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de éstos con la especificidad de los vínculos familiares*".[4]

En el contexto antes descripto se inserta en la legislación argentina el nuevo deber "moral" de fidelidad,[5] como estándar de comportamiento adecuado al compromiso que asumen los esposos a través de libre consentimiento prestado para conformar el matrimonio.

La calificación efectuada por el legislador y las propias evoluciones de sendas ramas del derecho han vuelto a poner en tela de juicio el interrogante relativo a si su incumplimiento genera la responsabilidad civil de quien no observa tal regla y el consecuente deber de indemnizar al consorte dañado.

En la Comisión n° 3 de las referidas jornadas,[6] han quedado sintetizadas las posturas de los ponentes en torno a la temática que se presenta.

El despacho de la mayoría sostuvo que "*En virtud del principio de reserva (art. 19 de la Constitución Nacional), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial, y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)*".

No obstante ello, algunos de los ponentes señalaron que "*Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación, y torna resarcible el daño resultante de la*

[4] https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf, consultado por última vez el 10/09/2018.
[5] Artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación.
[6] *Idem* nota al pie n° 4.

infidelidad. Este dolo directo debe ser probado en todos los casos por el cónyuge que lo alega, y no puede resultar únicamente de la constatación de la existencia de relaciones extramatrimoniales".

Contra aquel despacho, la minoría arguyó que "*Con fundamento en el principio alterum non laedere (art. 19 de la Constitución Nacional) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado*".

IV. La situación en el derecho español

RODRÍGUEZ GUITIÁN (2003: 73) dice que la procedencia de la tutela aquiliana requiere la producción de un comportamiento que dañe derechos fundamentales o bienes de otro cónyuge considerados dignos de tutela por el ordenamiento "*siempre y cuando sea doloso*". Entre los ejemplos de conductas conyugales potencialmente resarcibles la autora cita el contagio de enfermedades tras la infidelidad —por el daño a la salud—, la infidelidad a la que se le da publicidad (en los periódicos, y provoca las burlas y habladurías de vecinos) —por daño al honor—, y la infidelidad seguida de filiación extramatrimonial y ocultación de la verdad biológica de los hijos —por el daño a la integridad psíquica y el derecho al honor—.

También MARTIN CASALS Y RIBOT (2011: 178) mencionan la lesión del derecho al honor del otro, llevada a cabo a través de una conducta que provoque "*un sentimiento de humillación*" capaz de lesionar su dignidad, salvo la aplicación de las causas de exoneración y la concurrencia con otro derecho fundamental de equivalente o superior nivel de protección. Más en concreto, respecto de la consideración del comportamiento infiel como lesivo al honor del otro cónyuge los autores —a pesar de afirmar que se plantean problemas de delimitación y que la conducta adulterina por sí no persigue humillar y desmerecer al otro cónyuge en su dignidad como persona, que es el bien jurídico protegido por la ley—, dan una paso más, afirmando que "*si del contexto se desprende que el modo en que el otro cónyuge ejerce sus derechos es particularmente ofensivo para con el otro cónyuge y se demuestra que aquel perseguía infligir al esposo una afrenta, por ejemplo, porque se actuó de un modo cuyo propósito evidente era ridiculizar y humillarle, contribuyendo al desmerecimiento público de aquella persona y a su aislamiento social, tal conducta sí podría constituir la base de una acción de responsabilidad fundamentada en la vulneración al honor y de la intimidad*".

Sin embargo, una parte de la doctrina entiende que los daños morales resarcibles por infracción de derechos fundamentales quedan desvinculados del incumplimiento de los

deberes conyugales. Así, FERRER RIBA considera indemnizables los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio, siempre que éstos constituyan derechos o intereses conceptualmente separables del interés en el mantenimiento del matrimonio y en respeto a sus reglas. En particular, excluye la acción de responsabilidad para los casos de violaciones de la relación matrimonial en el área de los derechos psíquicos o emocionales que subsiguen a violaciones graves de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutua (2017: 179).

Veamos cómo se ven reflejadas estas posturas en la jurisprudencia española.

Los pronunciamientos fueron avanzando claramente hacia el requerimiento de la constatación de un deber de información, de incumbencia del cónyuge que mantiene paralelamente una relación extramatrimonial, sobre la paternidad del o los hijos que nazcan a partir de ese momento. Deber de información que, en rigor, moviéndose en el campo de la filiación, puede extenderse a quienes conviven sin estar casados (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 60).

El criterio de imputación se ha visto atenuado, dejando de exigirse dolo, para pasar a entender que es negligente quien no realiza las pruebas de paternidad correspondientes con el fin de averiguar la paternidad.

En un fallo del 22 de julio de 1999 el Tribunal Supremo español consideró que no era posible la aplicación del art. 1902 del Código Civil, pues no se apreciaba conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada, al no parecer conocer que el hijo no era de su marido hasta que tuvo lugar la de impugnación.

La Audiencia Provincial de Valencia, en el pronunciamiento del 5 de Septiembre de 2007, confirmó la falta de indemnización por el mero incumplimiento de la infidelidad, exigiendo la procreación con ocultamiento al cónyuge y rebajando la indemnización atendiendo al escaso tiempo de convivencia.

Posteriormente el mismo tribunal, con fecha 13 de noviembre de 2014, en un caso en el que el marido conoció su propia esterilidad, no obstante lo cual ella quedó embarazada con la excusa de que fue por inseminación artificial (cuando el marido ningún consentimiento había prestado para la práctica de aquella técnica, ni surgía otra prueba al respecto). Consideró el tribunal que existió dolo en el engaño de la mujer al hacerle creer al marido que había sido por aquella vía.

En un supuesto análogo al anterior, la Audiencia Provincial de Jaén, el día 9 de marzo de 2015, estimó el daño por ocultación de la paternidad en el que se había revelado la verdad luego de la ruptura.

Con criterio disímil al que sustentaron los anteriores tribunales, la Audiencia Provincial de Barcelona (S.18ª), consideró el 16 de enero de 2007 que la relación simultánea con dos hombres debió hacer sospechar a la mujer que el hijo pudo no ser de su marido, valoración por otra parte lógica pues en los primeros diecisiete años de matrimonio no se había quedado embarazada. Valoró que la negligencia consistió en no hacerse pruebas correspondientes, teniendo especialmente en cuenta la generalización de su uso y facilidad de las mismas.

En igual sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz (s. 2ª), estableció el 3 de abril de 2008 que existió un incumplimiento cualificado del deber de fidelidad. Sostuvo que bastaba ya el mantenimiento de relaciones con dos personas al mismo tiempo y que desde un principio debió hacer lo necesario para determinar la paternidad, como cumplimiento de un deber de información, desdeñando el criterio de una culpabilidad reforzada.

Por otra parte, tampoco existiría posibilidad de reclamar daños si los esposos estaban separados, aunque lo fuera de hecho, pareciendo cesar ese deber de información, pues por definición no habrá ocultación de paternidad entre quienes rompieron la convivencia (excepto si continúan teniendo relaciones sexuales) (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 61).

Otro aspecto interesante se da en la jurisprudencia española cuando lo que se ocasiona es un daño al honor derivado de la infidelidad, seguida de la ocultación de la paternidad y por último un desprestigio a la persona humana. Sin duda, el comportamiento de la persona infiel y sus consecuencias se encuadrarían plenamente en "*el derecho a no ser escarnecido o humillado ante los demás*";[7] desembocando en un "*desmerecimiento en la consideración ajena*".[8]

El caso se ventiló ante la Audiencia Provincial de Valencia y la resolución recayó el 2 de noviembre de 2004.

[7] Palabras de las SSTC 85/1992 y 204/2001.
[8] Términos de la STC 52/2002.

Según se describió en aquel fallo, de los cuatro hijos existentes del matrimonio, tres no eran del marido. El amante de la esposa, que lo fue durante años, estaba presente en las relaciones familiares, frecuentaba la casa, comía y cenaba allí, acudía a bañar a los niños, iba al hospital cuando ella daba a luz, y las madres de los dos sabían que era el padre de los tres niños. Tan clara era la situación que el amante de la esposa se lo comentó, entre otros, al vigilante de seguridad de su urbanización. Se habían casado en 1987, teniendo una hija en 1988. En 1994 habían pactado la separación de bienes, comenzando ella su relación con su amante, que era amigo de su hermano. Nacieron los tres niños en 1996, 1997, y 1999. El marido, persona reconocida, con un importante patrimonio y que estaba algo ausente del ámbito familiar, se enteró en el 2001 cuando le contó la situación una hija suya de un matrimonio anterior. En ese año firman un convenio regulador de separación y se divorcian en 2002. En octubre del 2002 le comunicaron los resultados de las pruebas, admitiendo ella en un documento la no paternidad de quien era su esposo y la paternidad del amante.

La demanda se dirigió contra ambos por daño moral por perdida de tres hijos (estimándose superior a muerte violenta), daño moral por secuelas y daño físico, deterioro de su fama, honorabilidad y prestigio, y daño patrimonial por gastos de prueba de paternidad.

La audiencia admitió la demanda y consideró dolosa la ocultación de la paternidad, utilizando, de contrario, el argumento del TS de 1999 de negar la indemnización por falta de dolo habiéndose demostrado que los demandados, desde el principio, sabían que los hijos no eran del marido aduciendo que "*en ese actuar constante radica el dolo*". Efectuó un aumento del monto indemnizatorio teniendo en cuenta que los padecimientos no podían imputarse sólo al descubrimiento de su paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa.

Aun en los casos que vengo citando, lo cierto parece ser que el derecho matrimonial debe quedar desplazado, habida cuenta que los cónyuges no son convocados al proceso como tales, ni tampoco como ex-esposos, sino como *víctima y victimario*; vale decir, sin importar si actor y demandado estuvieron ligados o no por un vínculo matrimonial (MIZRAHI, 2017).

En efecto, en lo que hace estrictamente al daño moral ocasionado por la infidelidad, los primeros precedentes del Tribunal Superior explícitos en la materia[9] consideraron que no era susceptible de reparación económica alguna aquella infracción, siendo la única

[9] Desde el 22 de julio de 1999 hasta el 30 de julio de 1999.

consecuencia jurídica contemplada por la legislación la de ser causa de separación. Se sostiene que permitir la indemnización significaría que cualquier alteración de la convivencia fuese resarcible (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 44).

Esta postura merece sus objeciones, que veremos seguidamente.

V. Argumentos y contra-argumentos jurídicos-interpretativos, conceptuales y normativos que sustentan la tesis de la resarcibilidad de los daños con causa en la infidelidad

V.A. El daño sufrido injustamente debe ser reparado

He dicho ya que el actual Derecho de Daños pone especial foco de atención en el daño injustamente sufrido por una víctima. No debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el *næminen lædere* (ZANNONI, 1983: 71).

Cabe destacar que la indemnización del ilícito endo-familiar no asume en este ámbito el carácter sancionador sino que, la función resarcitoria frente a comportamientos que constituyen, más que meras violaciones del derecho de fidelidad, un verdadero "abuso" del derecho a auto-determinarse (PAGNAROS, 2008: 126).

Es interesante reconocer que la inexigibilidad jurídica del axioma de la fidelidad impediría al cónyuge afectado cobijarse o ampararse en aquella transgresión o agravio que le es sobreviniente. De tal forma, el Estado, que se proclama pluralista en una concepción moderna del matrimonio, no reconoce por igual a todos los proyectos de vida; toda vez que aquel que quisiere resguardarse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien se antoje en incurrir en aquella peculiar licencia no merecerá reproches civiles, ni expiará secuelas económicas. Se consagra —como se deduce— un derecho al daño matrimonial, vulnerando el atávico y clásico principio latino "*honeste vivere, suum cuique tribuere*", regulando un nuevo o neófito modelo de familia.[10]

Parece también relevante que la familia o la autonomía personal no pueden constituir un ámbito de compresión de los derechos irrenunciables (MARIN GARCIA DE

[10] Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico, La Pampa, "T. c/ C. s/ divorcio vincular", 14/12/2016.

LEONARDO, 2004: 178). Pues nadie pierde sus derechos personalísimos por el solo hecho de contraer matrimonio.

V.B. Validez argumental del juicio de reproche sobre quien causó el daño

Ya desde la óptica de quien ha causado el daño, debe considerarse que la falta de sanciones por la violación de los deberes que nacen del matrimonio puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte de uno de los cónyuges hacia el otro. No resulta en absoluto razonable que ambos esposos tengan algo así como "piedra libre" al respecto o, si se quiere, una especie de *bill* de indemnidad en cuanto a su conducta anti-matrimonial, que muchas veces puede ser de una gravedad extrema. Por supuesto que conductas de esa especie no pueden ampararse en la libertad y la autonomía de la persona, debiendo aquellas tener una consecuencia negativa para el esposo que así actúa, ya que de otra manera se estaría fundando un inexistente derecho de causar un daño al otro esposo, violándose de tal manera sin pena alguna las normas legales vigentes en materia de responsabilidad (SAMBRIZZI, 2015).

La eliminación de sanciones por inconducta y la invocación de la autonomía de la voluntad no implican ya la introducción de un individualismo, sino del más crudo egoísmo (BELLUSCIO, 2012).

V.C. La confianza es un valor en la pareja que no puede ser violado sin que importe resarcir el daño

Además, debe tenerse presente el contexto vincular en el que se introduce el comportamiento del infiel.

El vínculo matrimonial, en el que la confianza es un valor central, importa que las personas que componen esa especial unión se encuentren a su vez en una situación de vulnerabilidad frente a la inobservancia de los deberes matrimoniales por parte del otro consorte que merece la mayor tutela.

De hecho así lo entiende el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1725 al establecer que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares para la valoración de la conducta del ofensor.

Ninguna duda cabe respecto de que el daño se hallará agravado cuando se produce bajo el entorno familiar. La mencionada infracción a la confianza, puesta de manifiesto a

través de la inconducta al deber marital de fidelidad, debe proyectar la posibilidad de realizar un juicio de reproche.

V.D. El incumplimiento del deber de fidelidad importa inobservar la buena fe

La buena fe en el ejercicio de los derechos es hoy un principio general del derecho inserto en el ordenamiento jurídico[11] y dificultoso sería aceptar en una pareja que ha acordado tácita o explícitamente la fidelidad, un obrar contrario a dicha pauta de conducta.

V.E. La infracción al deber de fidelidad es antijurídica

Es común observar criterios que sostienen que la infracción al precitado deber no es antijurídica.

La nueva responsabilidad civil contiene composición diferente a la anterior, y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta (*alterum non leadare)*[12] que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño (BURGUEÑO IBARGUREN, 2015).

Es decir que aspectado desde la acción y consecuencia, es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).

El "*alterum non laedere*" (o deber de no dañar a otros), al que la Corte Suprema a partir del precedente "Santa Coloma" le ha asignado jerarquía constitucional (art. 19, Constitución Nacional)[13], es un principio madre.

En esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema. Así, el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que "*si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato neminem leadare*" (URBIA, 2015: 30).

---

[11] Artículo 9 del Código Civil y Comercial: "*Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*".
[12] Artículo 1717 del Código Civil y Comercial: "*Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*".
[13] *Fallos*, 308:1160.

V.F. Las normas del derecho de familia no reparan el daño causado

Por otro lado, debe valorarse que "*las normas de derecho de familia tienen consecuencias indirectas para el incumplimiento de los deberes familiares, como por ejemplo la exclusión hereditaria conyugal para el cónyuge que viola el deber de convivencia, o la indignidad o revocación de donaciones por las conductas repudiables y ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima*" (MEDINA, 2017).

V.G. Inexistencia de norma expresa que impida la reparación del daño causado por violación al deber de fidelidad

También, "*cuando el ordenamiento jurídico no quiere aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, lo dispone específicamente como en la responsabilidad por ruptura intempestiva de los esponsales. Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del derecho privado, de la cual el derecho de familia es una parte, que sólo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el artículo 401 del Código Civil y Comercial*"[14] (MEDINA, 2017).

V.H. La libertad sexual en el matrimonio se encuentra limitada por la autonomía de la voluntad

Se ha señalado que la violación del deber de fidelidad constituye el ejercicio de un derecho de libertad y por eso no puede conllevar un daño que pueda considerarse injusto.[15]

Desde esta óptica, la libertad sexual de los consortes constituiría un ejercicio regular de un derecho que justificaría ya la producción del daño y obstaría a la procedencia de las acciones reclamatorias.

Pero la libertad sexual bien puede colisionar con lo que los consortes puedan pactar en contrario. Se trata de una cuestión de tensión entre principios.

---

[14] Artículo 401 del Código Civil y Comercial: "*Esponsales: Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera*".
[15] Tribunal de Monza, Italia del 15 de marzo de 1997.

Todo principio tiene un carácter *prima facie*, presentando razones que pueden ser atenuadas o incluso desplazadas por otras razones emanadas de otro valor (LORENZETTI, 2016: 272).

Veamos lo que sucede cuando se interrelacionan dos principios como el de la libertad sexual y la autonomía de la voluntad durante el matrimonio.

No obstante la ley establezca cómo moralmente deben conducirse los consortes en su vínculo, por medio del ejercicio de su plena libertad éstos podrán determinar qué conductas consideren adecuadas al proyecto de vida escogido, lo que en definitiva determinará las expectativas razonables que cada uno pueda llegar a tener, como así también la factibilidad del juicio de reproche realizable al infiel.

Así, cuando los consortes acuerden una vida sin ataduras sexuales, no habría límites para la expansión de tal actividad. Tal supuesto sí quedaría contenido en el principio de reserva y no importaría en modo alguno inobservar la lealtad debida en la relación marital.

De esta forma, bajo las nuevas pautas culturales, se torna anacrónico consideraciones tales como que "*la legislación no puede autorizar que mediante el principio de la autonomía de la voluntad se altere el régimen del matrimonio civil en el que está interesado el orden público*".[16]

Pero cuando nada pacten, cobra vigor como principio general el de la fidelidad, contenido en la fórmula legal tantas veces repetida en los matrimonios civiles.

Aunque el nuevo carácter axiológico ponga alguna duda al respecto, suele haber conductas tácitas en la vida matrimonial que legitiman y obligan a un comportamiento de exclusividad sexual que no pueden ser desconocidas por el operador del derecho. Y aunque también sería cuestionable el valor jurídico de estos pactos internos, no puede desconocerse el valor que la moral posee para limitar derechos, ni la especial influencia que ésta ejerce en los principios del Derecho de Familia.

Imponer un deber de exclusividad sexual a quien se ha comprometido a ello no vulnera su autonomía más de lo que obligar a cumplir una promesa vulnera la autonomía de quien prometió. No parece que haya nada extraño, ni violatorio de la autonomía, en

[16] Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 321:92.

reconocer consecuencias jurídicas al incumplimiento del deber de fidelidad libremente asumido (PAPAYANNIS, 2017: 75).

Además, ningún obstáculo se impone al libre desarrollo de la personalidad que lleva ínsito el derecho a la libertad sexual como idea de nuevas experiencias afectivas, puesto que en la actualidad la mera invocación de la voluntad de finiquitar el vínculo matrimonial es suficiente para ponerle fin a éste.

V.I. La situación no queda enmarcada en el principio de reserva

Se sostiene que el principio de reserva impone un escollo a la procedencia de la resarcibilidad del daño causado por el adulterio. Es decir que este deber matrimonial de fidelidad quedaba contenido en el principio de reserva y como tal exento de la autoridad de los magistrados.[17]

Debe considerarse que en tanto la modalidad de la intimidad resulte de un plan de vida aceptado por dos adultos,[18] quienes no ocasionen daños, ni lesionen otros derechos, es cierto que no se debe permitir la intromisión estatal: cada persona tiene un ámbito o esfera de desarrollo de su plan de vida, que no puede ser interferido o desconocido por el Estado y los particulares.

Empero, si no hay un pacto en tal sentido cobra relevancia el único límite que es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas —a quienes el Derecho de Daños considera víctimas (o "terceros" en los términos del texto constitucional)— (GIL DOMÍNGUEZ, 2003).

[17] Artículo 19 de la Constitución Nacional: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*".

[18] Artículo 1720 del Código Civil y Comercial. "*Consentimiento del damnificado: Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles*".

V.J. El contenido ético de los deberes matrimoniales no le quita valor jurídico a la fidelidad

Otra de las defensas blandidas fue que el nuevo valor axiológico del deber de fidelidad tornaba en nula cualquier consecuencia jurídica que se pretendiere endilgarle.

En el régimen legal anterior, la violación de la fidelidad en tanto deber jurídico podía dar lugar a la reparación de daños y perjuicios. Actualmente el único derecho-deber moral que se deriva del matrimonio es el de fidelidad, por lo que se ha dicho que "*en el régimen ahora vigente la violación o incumplimiento de éste no trae consigo una determinada sanción civil*" (HERRERA, 2015: 679).

Cabe tener presente que existen dos escuelas al respecto: i) la escuela Exegética Francesa, inspirada en el Código Civil francés, la que originó la tesis de que éstos —los derechos-deberes morales— son auténticos deberes jurídicos, y ii) la tesis contraria, según la cual estamos frente a deberes morales y por tanto incoercibles, defendida por la escuela Histórica, que entendía que la fidelidad o el respeto se imponían por la costumbre y no por la ley (ARIANNA, 2017).

De modo que endosar al deber moral alcances jurígenos parece —en principio— una cuestión de posiciones en el ámbito iusfilosófico.

El nuevo Código Civil y Comercial incluye numerosas menciones de la "moral". Entiendo que pocos dudarían en asignarle consecuencias jurídicas a varios de esos pasajes.

Para el caso la moral puede invalidar contratos (art. 1004 del Código Civil y Comercial) o traducir en abusivo el ejercicio de derechos (art. 10 del Código Civil y Comercial), u oponerse, juntamente con las buenas costumbres, a un acto jurídico (art. 279 del Código Civil y Comercial).

Sumado a lo antedicho, es absolutamente relevante destacar que es norma positiva (art. 1737 del Código Civil y Comercial) que el daño indemnizable no se deduce únicamente de la violación de un deber jurídico, sino que la violación a cualquier interés legítimo no reprobado por el ordenamiento jurídico, bien puede generarlo.

Los modernos autores italianos, no dudan en señalar que el daño sólo puede definirse —en sentido jurídico— a partir de la lesión de intereses humanos. Asimismo, manifiestan que, son pasibles de ser resarcidos tanto los intereses eficaces (aquellos subsumidos en la estructura interna de una situación jurídica específica reconocida

expresamente por el ordenamiento jurídico), como así también los intereses relevantes (aquellos que resultan ser dignos de tutela jurídica, sin ser sustrato de derechos subjetivos). Esta concepción que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños (CALVO COSTA, 2015).

Estos intereses relevantes son todo lo permitido por el derecho, que compone la realidad existencial de la persona y que le proporciona una satisfacción, beneficio, disfrute o provecho, en sentido amplio y no sólo económico.[19]

No sólo el deber moral de fidelidad no se encuentra excluido del plexo normativo, sino que por el contrario se halla explícitamente consagrado, por lo que bajo el entendimiento propuesto es posible colegir que resulta un interés digno de tutela.

Por otro lado, es cierto que este tipo de deberes tiene una naturaleza especial: su carácter moral se explica si se atiende al contenido del Derecho de Familia, pues en este caso, al igual que en otros, el derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Por supuesto que son de naturaleza personalísima y entran en la esfera de libertad de cada cónyuge y de cada progenitor, por ello hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva directa por parte del Estado. Pero el hecho de que no sea posible su coerción directa no les priva de su juridicidad; son obligaciones jurídicas y el familiar obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause. Son obligaciones legales sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y, a veces, consecuencias económicas (RODRÍGUEZ GUITAN, 2009: 83).

De esta forma, creo que es posible concluir en que en el caso lo jurídico no se agota en lo legal.

V.K. El Derecho Privado comprensivo del Derecho de Familia

Otros doctrinarios refieren que la autosuficiencia de las reglas del Derecho de Familia a la hora de dar solución a conflictos internos se presenta como un valladar para

[19] Todo puede subsumirse en la noción de interés, sin que sea estrictamente necesario mencionar al derecho e interés legítimo (CALVO COSTA, 2015).

permitir el ingreso del Derecho de Daños a aquella esfera y que el silencio reinante en el texto codificado es, en tal sentido, confirmador de esa postura.

Dudo que el Derecho de Familia pretenda elucidar todas las problemáticas que encierra su rama, pero además el Derecho se nutre constantemente de teorías y principios generales, y sabido es que el Derecho Civil no sólo es supletorio, sino que —como sostuviera en el introito a este trabajo—, hoy posee visos de jerarquía constitucional supralegal.

Además, a la luz de la evolución jurisprudencial en materia de daño a la persona y de la creciente valorización de la persona al interior del núcleo familiar, el principio de la compensación de una lesión a un interés digno de protección, también debe encontrar reconocimiento dentro de las relaciones familiares (ZAMBRANO, 2016: 397).

Agregaré que debe tenerse en cuenta que el legislador ha optado por mantener el Derecho de Familia dentro del Código Civil y Comercial argentino, siguiendo una tradición patria y apartándose de la manera de legislar de algunos países latinoamericanos como El Salvador que legislan sobre el Derecho de Familia en un Código aparte. En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial cuando afirma: "*la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Código Civil; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas*". El hecho de que el Derecho de Familia se mantenga dentro del Código Civil y Comercial es trascendente para dar respuesta al interrogante relativo a si se aplican las normas de la responsabilidad civil en las relaciones de familia (MEDINA, 2017).

V.L. De acuerdo al derecho positivo, no es posible alegar el error en la elección del cónyuge infiel

Se menciona como obstáculo a la indemnización el error de elección de la persona del otro cónyuge, como si ello implicara el deber de asumir los riesgos del caso.

Se sostuvo que "*Se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido —exigencia fundamental— con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente*

sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarse a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos".[20]

Pero debo recordar que desde la óptica del art. 1719 del Código Civil y Comercial, la exposición voluntaria por parte de una persona a una "*situación de peligro*" por la elección errada de una pareja, no justifica el hecho dañoso, ni puede eximir de responsabilidad al causante del daño.

V.M. La invalidez de los fundamentos del Anteproyecto como argumento jurídico-interpretativo

Aunque también se arguye que la voluntad del legislador, plasmada en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, era la de excluir este tipo de daños de la responsabilidad civil, aquello no puede servir para convalidar los daños que se le ocasionen a la víctima de la infidelidad.

Señalaron los autores del anteproyecto que "*Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños*".[21]

Sostienen los autores que avalan esta postura (KEMELMAJER DE CARLUCCI; HERRERA; LLOVERAS) que la excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por violación de un deber matrimonial. Por ejemplo, la reparación por daños por la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge (2017: 255). En otras palabras, "*si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de 'culpable' al no existir ya dicha categorización*" (SOLARI, 2012: 539).

No obstante la pertinencia de aquellos supuestos, la manifestación vertida en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, al igual que en las notas de

[20] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, fallo 32.184, 29/4/88.
[21] Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Vélez Sarsfield en el Código Civil, no son fuente, ni criterio exclusivo y principal de interpretación (BURGUEÑO IBARGUREN, 2015).

Además debe valorarse que cuando éstos fueron escritos, los deberes derivados del matrimonio eran menos que los que el Código Civil y Comercial incluyó, porque el deber de fidelidad no estaba expresamente contemplado (MEDINA, 2017).

De esta manera, no corresponde endilgarle valores absolutos y plenos a las consideraciones plasmadas por los proyectistas.

V.N. Juzgar la conducta del infiel no importa volver a un sistema de divorcio o separación causal

Por otro lado, algunos autores sostienen que abrir la puerta a que estos temas se contiendan en procesos judiciales significaría dar lugar al viejo sistema causal de separación y divorcio, en los que se ha desterrado la noción de reproche como culpa, ilicitud e incumplimientos, elementos básicos para la reparación.

Aunque como veremos, estimo que éste es un valioso argumento para limitar la procedencia de la acción resarcitoria, no es así para excluirla. Pues debe considerarse que el divorcio, por un lado, y la responsabilidad civil, por el otro, se mueven en planos disímiles, como viéramos, no incompatibles.

En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges. No se aprecia cómo la responsabilidad civil podría socavar los objetivos del sistema de divorcio incausado. El fin perseguido por el sistema de divorcio incausado fue la celeridad y la no litigiosidad. La eventual demanda de responsabilidad no retrasa o entorpece la disolución del vínculo matrimonial, tampoco hace que el trámite sea más conflictivo, porque el divorcio puede ser solicitado de manera unilateral (PAPAYANNIS, 2017: 70).

Inclusive podría pensarse que la supresión de las causas de separación y divorcio, con el establecimiento de una ruptura a-casual, es un argumento decisivo para la entrada al derecho de daños en el ámbito de las relaciones matrimoniales.

VI. Límites para la procedencia de la acción

Entiendo que los fundamentos ensayados habilitan *prima facie* la tutela resarcitoria.

Pero sin pretender someter el supuesto de la infidelidad a algún tipo de filtro carente de razonabilidad, enunciaré los motivos por los cuales la acción podría encontrar límites concretos.

En primer lugar lo que las disciplinas humanas y sociales pregonan sobre el tema: en concreto, por la especial dificultad que representa la determinación de la culpa en las relaciones conyugales.

Como dijo KIPER:[22] "*Pensar en términos de culpabilidad es improductivo y sólo contribuye a retroalimentar el circuito de las ofensas entre los esposos, escalando el conflicto familiar y engendrando un círculo vicioso de recriminaciones, que obsta a la posibilidad de analizar este tipo de fenómenos desde una multicausalidad, más adecuada a la realidad funcional de la familia*". Ya sostenía BORDA (1992: 813) que "*debajo de la superficie, oculta a los ojos del juez, no expresada (y no expresable) en las fojas del expediente, está la gran masa de pequeños hechos que son la verdadera causa (...). Nada de eso podrá ser apreciado ni valorado por el juez*".

En segundo lugar, la prevalencia que debe dársele a soluciones armónicas cuando el entorno en que se inserta el conflicto pueda alcanzar a la totalidad del grupo familiar, incluyendo a personas menores de edad, o cuando el desgaste emocional al que se sometería a las partes resultaría improductivo.[23]

Recordemos que en los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar impactado por la conflictiva o al menos lograr un nuevo equilibrio (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2015: 109).

En los fundamentos del Anteproyecto se dice que "la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los

[22] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, "G., G.G v. B de G., S. M.", 20/09/1994, La Ley 1994-E, 538; JA, 1994-IV, 549; DJ, 1994-2-1171.

[23] Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial: "*La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio*".

cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso". Por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (KRASNOW, 2015: 389).

Tales argumentos resultan, a mi modo de ver, irrebatibles, pero no son suficientes para excluir una justa tutela reparatoria.

A estas alturas, entonces, cabe indagar en qué presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra el coto necesario que brinde una solución adecuada al complejo teórico que se nos presenta. Se podría hallar la respuesta en el factor de atribución.

Aunque algunos autores sostengan que no puede avalarse con un estricto criterio jurídico la discriminación entre hechos de mayor o menor importancia para resolver acerca de la factibilidad de la acción indemnizatoria por no existir en el derecho positivo distinción alguna al respecto (MIZRAHI: 2006, 786), otros juristas ponen el acento en la gravedad de la culpa para determinar la admisibilidad de las acciones como las estudiadas (CIFUENTES: 1990); opinión esta que encontraba apoyatura en la tradición argentina en la materia de Derecho de Familia, y que luego quedó plasmada en el proyecto de Código Civil de 1998 .[24] Aun hoy ciertos doctrinarios mantienen dicha postura al revisar la temática aquí planteada (JALIL: 2017).

No se niega la falta de recepción legal de criterios que efectúen una distinción sobre dicha cuestión, más tampoco pueden desconocerse la validez que ostentan como fuente de derecho los criterios doctrinales.

También debe contemplarse lo que dejan entrever otros autores: que en el supuesto aquí examinado no tendría razón de ser la distinción entre los distintos grados de imputabilidad (culpa grave o dolo). Se señala que nadie adultera por descuido (culpa) y que —teniendo en cuenta una noción moderna del dolo que prescinde del *animus nocendi*— todas las conductas entrarían en tal concepto (CORRAL TALCIANI, 2018).

Ahora bien, pareciera que la razón por la cual se imputa responsabilidad debiera adquirir ribetes particulares en la materia, exigiéndose entender si existió o no una conducta deliberadamente despreocupada hacia los intereses del otro consorte.

[24] Artículo 1686 del proyecto de Código Civil de 1998: "*Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia. (…)*".

Así es que se argumenta que para que exista, en el marco propuesto, deber de indemnizar debe existir un "*fuerte desprecio del bienestar ajeno*" (PAPAYANNIS, *2017: 85).*

Se ilustra fácticamente con supuestos en los que la acción procedería alegándose que las circunstancias en las que "*la pareja es sistemáticamente infiel, o directamente lleva una doble vida con otra pareja estable, o tiene hijos con otra persona y lo oculta (…) podemos acordar que son especialmente graves*" (PAPAYANNIS, 2017: 84).

Por el contrario, Calatayud[25] alega que no merecería amparo jurisdiccional el cónyuge ofendido cuando la violación al deber de fidelidad se comete con el recato propio de la intimidad.

Ha receptado estos criterios el Tribunal de Milán, en sus sentencias del 4 de junio y 22 de noviembre de 2002 en las que se resolvió que el daño resarcible es el que proviene de la violación grave o reiterada, descartando meras situaciones de crisis conyugal o nimiedades, rechazándose la pretensión indemnizatorio de daños morales demandada por un cónyuge en contra del otro basada en su infidelidad conyugal, al carecer el hecho ilícito de la suficiente gravedad específica, al ser "*un acto de infidelidad ordinaria, al haber mantenido clandestinamente u ocultada al marido y a los hijos*" (VARGAS ARAVENA, 2009: 241).

Por otra parte, sin duda el daño es el elemento clave, indispensable para que las normas de la responsabilidad civil puedan tener aplicación en el escenario que nos ocupa; si no se acredita la existencia de un daño ilícito, antijurídico e imputable, patrimonial o extrapatrimonial, por mucho que exista un incumplimiento grave o reiterado, ya sea por acción u omisión de los deberes conyugales, no habrá qué justifique el empleo de las normas de la responsabilidad civil, como reiteradamente ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia, debiendo quien demanda probar la existencia y extensión del mismo (VARGAS ARAVENA, 2009: 242).

Desde la perspectiva del daño se sostuvo que "*La mera infracción del deber de fidelidad no basta para configurar el ilícito a resarcir; deberá además constatarse la lesión, derivada de la violación del deber de fidelidad, de un derecho constitucionalmente protegido y deberá, por cierto, probarse el nexo de causalidad entre la violación y el daño, que para ser a dicho fin relevante no podrá consistir en el sólo sufrimiento síquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva*" (FUEYO LANERI, 2012).

[25] Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 20/09/1994, ya citado.

Será necesario entonces que "*se demuestre que la infidelidad, por sus modalidades y en relación a la especificidad del caso, haya dado lugar a la lesión de la salud del cónyuge o donde ella, por sus modalidades, haya implicado comportamientos específicamente lesivos a la dignidad de la persona*" (FUEYO LANERI, 2012).

Conforme a la legislación actual el simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera "*in re ipsa*" un daño moral, ni tampoco se lo presume, sino que el interés lesionado debe configurarse de manera relevante para poder indemnizar, por lo cual el daño debe verificarse a través de las pruebas producidas[26]. Es que si el cónyuge afectado por el adulterio del otro no tiene ningún afecto por él y le tiene sin cuidado lo que haga con su vida sentimental, es probable que aunque haya una acción antijurídica ella no dé lugar a indemnización (CORRAL TALCIANI, 2018).

En conclusión, la idea de incumplimiento al deber de fidelidad debe importar no sólo una reiterada o grave ofensa al bienestar del otro consorte, sino también una conducta que ocasione un daño relevante en uno de sus derechos personalísimos que merezcan tutela judicial.

De este modo, habilitar limitadamente los supuestos en los que el ser infiel importaría la admisibilidad de una pretensión resarcitoria, evitaría la contienda por la simple venganza y el juzgamiento de hechos íntimos de dificultosa valoración, permitiendo rebasar el examen de las meras culpas en la relación marital que quedarían bajo un manto de neutralidad jurídica.

VII. Conclusiones

1. De todos los deberes matrimoniales, el que mayor atención recibe por los recientes cambios legales y culturales parecería ser el de la fidelidad.

2. La conceptualización de la fidelidad se ha visto re-significada, mutando de lo que tradicionalmente se consideraba como unión de cuerpos y almas, a un deber más cercano a la lealtad, comprensivo de la atención espiritual y física del otro consorte. Esta nueva concepción no puede escapar a la hora de la reflexión; por el contrario, sirve de eje para determinar objetivamente qué infracción se estaría tratando.

[26] Disidencia del Dr. Rodolfo Rodríguez, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico, La Pampa, "T. c/ C. s/ divorcio vincular", elDial.com, AA9CC8.

3. Entran en juego dos ramas del Derecho que si bien diferenciadas, al hablar de infidelidad como acción que obliga a resarcir un daño se superponen, para dar lugar a una dificultosa coexistencia.

4. Hoy en día en el modelo de familia "autorreferencial" el respeto luce como la única forma de comportarse, y se reconoce y realza en el consorte su calidad de persona humana. Este cambio importó un alejamiento del concepto de inmunidad.

5. En paralelo, varía la antigua óptica de reproche del causante del menoscabo, con la idea de culpa entronizada, hacia un nuevo examen concreto de la situación en que ha quedado la víctima. Existe un proceso de "constitucionalización" del Derecho Privado que alcanza al Derecho de Daños dándole jerarquía superior.

6. En ese contexto es que se inserta en la legislación argentina el nuevo deber específicamente "moral" de fidelidad; caracterización que llevó a profundizar el debate que ya existía en su entorno y particularmente en lo que hace a la materia de los daños.

7. Desde la óptica de la víctima el daño sufrido injustamente es suficiente para reparar el perjuicio.

8. La confianza que se tienen los consortes, que paradójicamente los deja en situaciones de vulnerabilidad frente a posibles inobservancias de débitos matrimoniales del otro cónyuge, es un valor que debe tenerse en cuenta para admitir el resarcimiento, habida cuenta que no solo agrava el daño sino que también habilita el juicio de reproche.

9. No sancionar al cónyuge infiel podría significar la adopción sistemática de conductas despreocupadas, seriamente lesivas a la posición del otro consorte.

10. En este contexto, también la falta de cumplimiento de este deber importa inobservar un principio general del derecho como lo es la buena fe.

11. Desde el foco del principio *alterum non leadare*, aspectado desde la acción del cónyuge infiel y su consecuencia de daño injusto, existe la antijuricidad que colma aquel presupuesto de la teoría de la responsabilidad civil.

12. Las sanciones familiares contienen efectos indirectos que no reparan el daño injustamente causado.

13. No existe norma concreta que obstaculice la reparación del daño por la infracción al deber de fidelidad.

14. La libertad sexual, muchas veces citada como factor justificante del daño por resultar ser un ejercicio regular de un derecho, se encuentra limitada cuando las parejas libremente contraen matrimonio. No obstante, es tan importante la autonomía de quien pacta libremente la fidelidad como la de aquellos que optan por excluir la exclusividad sexual de su vida matrimonial.

15. El principio de reserva contenido en la Constitución Nacional no resulta aplicable cuando la persona que se ve "perjudicada" en términos del texto constitucional es un "tercero", conocido en el Derecho de Daños como la "víctima" de un hecho dañoso.

16. Además de que endilgarle consecuencias jurídicas a un deber moral dependa de la posición ius-filosofica en la que uno se sitúe, el daño indemnizable no se deduce únicamente de un deber jurídico, sino que la violación a cualquier interés legítimo no reprobado por el ordenamiento puede generarlo y el deber de fidelidad se encuentra expresamente consagrado en el Código de fondo.

17. El derecho de familia no busca solucionar todos los problemas que encierra su rama y el Derecho Civil es supletorio y tiene en la actualidad jerarquía supralegal.

18. Tampoco puede ser un argumento válido la existencia de un error de elección por parte de la víctima de la infidelidad, pues la exposición voluntaria a un riesgo no justifica el daño, ni exime de responsabilidad.

19. La voluntad del legislador plasmada en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, en el que explícitamente se separa lo relativo al vínculo matrimonial del Derecho de Daños no es fuente, ni puede ser criterio exclusivo de interpretación.

20. El divorcio y la responsabilidad civil se mueven en planos disímiles, no incompatibles.

21. Para que exista el deber de indemnizar tiene que existir un fuerte desprecio al bienestar ajeno que sólo se da en casos y bajo circunstancias especialmente graves y dolorosas.

22. Los límites para ser exhaustivo en la apreciación de la conducta pueden encontrarse en la relatividad de la noción de la culpa y en la prevalencia de la búsqueda de soluciones armoniosas en el ámbito intrafamiliar.

23. A su vez la mera infracción del deber de fidelidad no basta para configurar el ilícito a resarcir; deberá además constatarse la lesión, derivada de la violación del deber de fidelidad, de un derecho constitucionalmente protegido y deberá, por cierto, probarse el nexo de causalidad entre la violación y el daño, que para ser a dicho fin relevante no podrá consistir en el sólo sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva.

24. Entonces la idea de incumplimiento al deber de fidelidad debe importar no sólo una reiterada o grave ofensa al bienestar del otro consorte, sino también una conducta que ocasione un daño relevante en uno de sus derechos personalísimos que merezcan tutela judicial.

25. De este modo, con visión integral del ordenamiento jurídico y con respeto de las reglas de fuentes y de interpretación del Código Civil y Comercial, no hay imposibilidad legal para aplicar la responsabilidad civil al ámbito matrimonial en lo que hace a la infracción del deber de fidelidad.

Bibliografía

ARIANNA, C. A. (2017) "Infidelidad y daños", *La Ley online*, cita online: AP/DOC/530/2017.

BAUMAN, Z. y DASSAL, G. (2014) *El retorno del péndulo. Sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica Argentina.

BELLUSCIO, A. C. (2012) "El matrimonio en el proyecto de reformas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Proyecto de Código Civil y Comercial - I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tomo 2, pp. 313-327.

BORDA, G. (1992) "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", en *ED* 147-813.

—— (2016) comentario al art. 431, en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires, La Ley, tomo III, pp. 165-207.

BURGUEÑO IBARGUREN, M. G. (2015) "Indemnización del daño moral causado a la pareja", ponencia presentada en la Comisión nº3: "Daños derivados de las relaciones de familia" en XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca.

CALVO COSTA, C. A. (2015) "Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial", *La Ley online*, cita online: AR/DOC/555/2015.

CIFUENTES, S. (1990) "El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial", *LL* 1990-B-808.

CORRAL TALCIANI, H. (2018) "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad en el derecho civil chileno", *La Ley online*, cita online: AR/DOC/830/2018.

ECHEVERRÍA DE RADA, T. (2015) "Responsabilidad civil por infidelidad conyugal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, número 8, octubre 2015.

FAMÁ, M. V. (2015) "Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial", *La Ley online*, cita online: AR/DOC/3179/2015.

FERRER RIBA, J. (2017) "Relaciones familiares y límites" *en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, num. 4/2001,* en MAZZILLI, Elisabetta, *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Aranzadi, 2017.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2014) "El Daño moral", *LL* 2014-D-902.

FUEYO LANERI, F. (2012) "Daño moral por adulterio. Corte Suprema de Casación N° 18853/2011", *Revista Chilena de Derecho Privado,* número 19, diciembre 2012, pp. 195-202.

DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, C., en GARCÍA AMADO, J. A. (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones de familia*, Barcelona, Bosch, 2017.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2003) "Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda", *LL* 2003-E-501.

HERRERA, M. (2015) comentario al art. 431 en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tomo II, pp. 674-687.

HERNÁNDEZ, L. B. (2014) "El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, número 10, noviembre de 2014, pp. 34-47.

JALIL, J. E. (2017) "El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda", *La Ley online*, cita online: AR/DOC/790/2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015), *Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones existentes,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

KRASNOW, A. N. (2015) *Tratado de Derecho de familiar*, Buenos Aires, La Ley.

LORENZETTI, R. L. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

—— (2016) *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

MARTIN-CASALS, M. y RIBOT, J. (2011) "Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, num. 2, 2011.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, M. T. (2004) "Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales", en XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI, 2004.

MAZZILLI, E. (2017) *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

MEDINA, G. (2017) *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad, Diario La Ley*, 03/04/2017.

MIZRAHI, M. (2006) *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea.

— — (2017) "Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones", *Diario La Ley*, 17/04/2017.

PAGNAROS, A. (2008), *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, en ESTA M. (coord.), *La responsabilità nellerelazioni familiari,* Torino, Utet, 2008, consultado en [http://www.academia.edu/34031649/Da%C3%B1o_moral_por_adulterio._Corte_suprema_de_casaci%C3%B3n_italiana_No_18853_2011] el 14/08/2018.

PAPAYANNIS, D. (2017) "El deber de fidelidad en las relaciones conyugales", en GARCIA AMADO, J. A. (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones de familia*, Cizur Menor (Navarra), Bosch, pp. 65-85.

RODRÍGUEZ GUITAN, A. M. (2003), "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, Aranzadi, 2003, p. 65-94.

—— (2009) *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters – Civitas.

ROMANO, E. G. (coord. y dir.) (2016) *Responsabilidades Especiales. Homenaje al Dr. Oscar J. Ameal*, Buenos Aires, Erreius.

SAMBRIZZI, E. A. (2015) *Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial*, *Diario La Ley*, 19/03/2015.

SESTA, M. (2016) *Manuale di diritto di familia*, Milano, CEDAM.

SOLARI, N. E. (2013) "Los Daños en las Relaciones de Familia", en *Revista de Derecho de Daños 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, pp. 529-543.

VARGAS ARAVENA, D. (2009) *Daños Civiles en el Matrimonio*, Madrid, La Ley.

URBIA, F. A. (2015) *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

ZAMBRANO, V. (2016) "Responsabilidad civil en el entorno familiar", *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia – II: Relaciones entre adultos,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 377-420.

ZANNONI, E. A. (1983) *El divorcio en Argentina*, Buenos Aires, Astrea.

EL CONSUMIDOR COMO PARTE EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

SU PROTECCIÓN EN ARGENTINA Y EN ESPAÑA

David L. GIUNTI*

Fecha de recepción: 24 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 8 de agosto de 2018

Resumen

La temática del presente trabajo de investigación se encuentra motorizada por el incuestionable uso de las nuevas vías de transmisión de la información, tanto por parte de las personas humanas como las jurídicas, sirviéndose de la tecnología como columna vertebral. Estas novedosas herramientas despiertan interés en el mundo jurídico, desde el momento en que se las concibe como nuevos canales que permiten exteriorizar la voluntad y al brindar la posibilidad de que proveedores y consumidores lleven a cabo actos jurídicos en su plataforma.

El autor aborda la reacción del derecho español y el argentino frente a esta realidad. El primero, fundamentalmente como resultado de la transposición de normas dictadas por órganos de la Unión Europea y el segundo con la puesta en vigencia de su renovado y unificado Código Civil y Comercial, realizando una exposición y comparación sistemática de lo que cada país ofrece en materia de protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos electrónicos.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Contratos y Daños (Universidad de Salamanca). Especialista en responsabilidad civil médica (USAL). Profesor ayudante en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA). Relator en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Palabras clave

Comercio electrónico – contratos electrónicos – contratos a distancia – consumo – consumidor – sociedad de la información – firma digital – arbitraje de consumo

THE CONSUMERS AS PART OF ELECTRONIC CONTRACTS. THEIR PROTECTION IN ARGENTINA AND SPAIN

Abstract

The theme of the present paper is powered by the new routes of transmission of the information, both by individuals and by legal entities that make use of technology as a backbone. These novel tools interest the legal world, since they are conceived as new channels that provide suppliers and consumers with the possibility of carrying out legal acts in their platform.

The author deals with the reaction of Spanish and Argentine law to this reality. Spanish law is fundamentally the result of the transposition of laws issued by the European Union organs on this matter, while on Argentine law the matter relates to the entry into force of the Civil and Commercial Code. The paper exposes and compares what both legal systems offer in terms of consumer and user protection in the context of electronic contracts.

Keywords

Electronic commerce – electronic contracts – consumers – comparative law – technology – Civil and Commercial Code

I. Introducción

La evolución tecnológica global fue aportando a lo largo del tiempo distintas herramientas, algunas de las cuales han cumplido su función de transmisión de datos desde el comienzo y otras que, inicialmente direccionadas al almacenamiento y procesamiento automatizado de datos, incorporaron procesos operativos más complejos y empezaron a brindar la posibilidad de establecer comunicaciones interpersonales.

El mundo moderno fue testigo de invenciones tales como el telégrafo, el teléfono, el télex y el fax, conformando cada uno de ellos una red de telecomunicaciones por la cual se brindaba un servicio concreto.

Desde las primeras posibilidades de contacto entre aparatos informáticos enlazados dentro de una misma red a través de determinados protocolos, la masificación de los ordenadores personales a partir de la década de 1980 dieron origen a una viral e incesante interacción entre las distintas redes de comunicación, dando lugar al término hoy popularmente conocido como Internet.

Internet se muestra como un fenómeno que rompe con todas las anteriores concepciones. Es un vehículo de transferencia masiva de datos e información que derribó las fronteras de la intranet sin una infraestructura especialmente novedosa, y que en la actualidad no se empaqueta en un dispositivo o prototipo en particular.

El paso hacia un mundo virtual, inmaterial, sin espacio, sin límites geográficos y abierto permitió un nuevo plano de acercamiento entre distintos actores conectados a lo largo y ancho del planeta. De ese modo nació la posibilidad de servirse de internet para llevar a cabo allí ciertos actos de la vida civil que se venían realizando en el mundo real, físico y palpable.

Los estímulos para ello son inobjetables, pues en las operaciones de intercambio se hace infinita la cantidad de personas indeterminadas que pueden acceder a las ofertas comerciales, existe una notable de reducción de costos comerciales, no hay segmentos horarios para realizar compraventas y existe la posibilidad de llevar en ese mismo medio un acuerdo de voluntades. En distintas etapas, los Estados han ido advirtiendo la insuficiencia del derecho entonces existente para abarcar por sí solo las situaciones y los efectos jurídicos de las conductas que las personas ya estaban trasladando hacia las redes de internet.

Al reconocer la nueva era de la sociedad de la información, el Derecho se ocupó de lo que se conoce como *comercio electrónico*, actividades caracterizadas por el medio tecnológico que constituyen verdaderas relaciones jurídicas, que pueden ser o no comerciales, como así también públicas o privadas (LORENZETTI, 2001: 52-53). Sin ese paso dado por el Derecho, al desdibujar la incertidumbre generada por la irrupción de la intermediación tecnológica respecto de los actos jurídicos, la articulación legislativa protectoria de los consumidores y usuarios no hubiese podido ingresar con facilidad al mundo en línea.

Nos ocuparemos en este trabajo de los regímenes jurídicos español y argentino en particular. En ambos países, la defensa del consumidor nació antes que la regulación de la contratación electrónica, aunque ambas temáticas tienen en la actualidad un ligamen tan íntimo que conforman una doble vía de estudio a lo largo del presente.

II. El estatuto del consumidor

La trayectoria recorrida por las transacciones electrónicas se remonta a aquellas realizadas entre empresas con intercambio de archivos informáticos, dando lugar a una expresión difundida como B2B ("*business-to-business*"). Esta expresión se contrapone al término B2C como referente de aquella vinculación electrónica en donde el proveedor interviene frente a un consumidor. Si bien ambas situaciones engloban supuestos de derecho privado, la legislación aplicable a dichas hipótesis discurre en varios puntos por caminos diferentes.

No podría ser otra la solución en los países convocados al presente trabajo, pues el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el art. 51 de la Constitución Española y el art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina marcan a sus legisladores un desafío permanente en la protección de los consumidores y usuarios, sustentando de ese modo una variedad normativa dispuesta a integrar las relaciones de consumo.

En el territorio español, conforme el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGCU, Real Decreto Legislativo 1/2007 y sus modificatorias), se consideran consumidores o usuarios a "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" y a "las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial" (art. 3). La inclusión en dicho ámbito subjetivo de las personas jurídicas se encontraba ya presente en la primigenia Ley 26/1984, en tanto la incorporación de las entidades sin dicha personalidad provino de la reforma hecha por la ley 3/2014, del 27 de marzo, constituyendo estos dos supuestos en la actualidad una decisión soberana del Estado español que extiende el concepto más allá del límite que las directivas comunitarias europeas ponen en las personas físicas.

En Argentina, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) denomina actualmente consumidor a "la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", con la expresa previsión de que "queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella,

adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (art. 1, texto según ley 26.994, Anexo II, punto 3.1). La misma línea sigue en el país el artículo 1092 del Código Civil y Comercial (CCCN), vigente desde 2015.

Utilizaremos en adelante indistintamente los términos "empresario" y "proveedor", por tratarse en el lenguaje de cada país, la misma figura con la cual el consumidor conforma una relación jurídica. Es en ambos esquemas el sujeto de derecho que actúa del lado de la oferta en el mercado (LORENZETTI, 2015: 235).

Queda completamente fuera del régimen tuitivo el consumo empresarial, aquel en el cual el empresario adquiere bienes muebles de otro empresario, con la finalidad de usarlos en su explotación o revenderlos, haciéndolo en el marco de su actividad económica (BOTANA GARCÍA, 2014). Sentado ello, es claro que en ambos regímenes el empresario traza también relaciones en las que adquiere la calidad jurídica de consumidor cuando se vincula con otro empresario pero ya fuera de su giro propiamente comercial, es decir adquiriendo bienes o servicios cuyo destino no signifiquen su reingreso al mercado (FARINA, 2008: 46).

La protección de los consumidores que el Derecho está decidido a reconocer no se agota en una disposición puntual, sino que asiste al fenómeno de la integración normativa. Surge claramente la intención del legislador de crear una cobertura amplia e integral para el consumidor, habilitando la posibilidad de tomar para cada caso preceptos que son ajenos a la propia ley específica, por lo que el *estatuto del consumidor* se compone de todas las normas y principios del derecho privado patrimonial que sean aplicables a la relación de consumo (WAJNTRAUB, 2014: 105).

La ley argentina marca dicho rumbo en su art. 3, haciendo además específica alusión a su integración con la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial. Los arts. 19 y 59 del TRLGCU cumplen el mismo objetivo; en particular, el preámbulo del texto señala la existencia de otras normas no refundidas que, al regular ámbitos sectoriales específicos, se alejan del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios. Entre otras, lo son las leyes sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, radiodifusión televisiva, garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y crédito al consumo.

Como gran ejemplo de lo antedicho, los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están también sometidos a la ley 7/1998, del 13 de abril (art. 59, apartado 3), lo cual será frecuente puesto que, en la gran

mayoría de los casos, el contrato electrónico es un típico contrato de adhesión (HOCSMAN, 2010: 376).

Se conforma en consecuencia un microsistema dentro del derecho privado, en virtud del cual, junto con la norma básica de defensa de los consumidores concurren las leyes generales y especiales que devienen aplicables a cada relación de consumo. Esta concepción legal nos lleva a un estudio especializado de la protección del consumidor dentro de los contratos que se celebran por vías electrónicas, más aún si se asume que dicha contratación es utilizada fundamentalmente para las operaciones de consumo (WAJNTRAUB, 2000).

A raíz de la modificación de la estructura contractual y el paso hacia una contratación por adhesión, la información se transformó en una obligación principal de las empresas, siendo determinante para el asentimiento de los consumidores y usuarios frente a las presiones impuestas por el mercado (LOVECE, 2009: 467).

Los regímenes presentes en ambos países son firmes en exigir al empresario la correcta provisión al consumidor o usuario de la correspondiente información en su idioma y de forma gratuita durante el proceso formativo de la voluntad negocial y a lo largo de toda la relación de consumo.

Siempre al contenido de la publicidad o a las condiciones de la oferta se las tiene por directamente incorporadas al contrato de consumo (artículo 8 LDC y artículo 61 TRLGCU) y la obligación de informar es tan determinante para la formación de un vínculo de consumo auténtico, que el TRLGCU se ocupa de delinear su contenido en distintas especialidades de contratos con los consumidores, como veremos más adelante.

El texto del artículo 4 de la LDC de acuerdo la ley 27.250 —hoy sin vigencia, pero presente igualmente en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial— obligaba a suministrar información cierta, clara y detallada sobre todo lo concerniente a las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra condición relevante para el contrato).

El TRLGCU tiene determinadas disposiciones aplicables a las prácticas comerciales y otras dirigidas a las relaciones de naturaleza contractual (art. 19, apartado 2, últ. párr.). Nos interesan estas últimas, las cuales obligan al empresario, previo a todo vínculo, a brindar en forma clara y comprensible aquella información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Junto con ello deberá también informar las principales características del bien

o servicio de que se trate y llenar el exhaustivo listado de demás datos que el art. 60 desarrolla: la especificación del precio y su composición, la advertencia de posibles pagos adicionales, los procedimientos de pago, la modalidad y fecha de entrega, las garantías y la operatividad de los contenidos digitales que se utilizarán en la contratación con más sus requisitos técnicos.

Los deberes, obligaciones y cargas de comunicar o informar reconocen como fundamento el principio general de la buena fe que debe presidir el negocio desde los tratos preliminares hasta después del cumplimiento de todas las obligaciones (VALLESPINOS, 2010), y adquieren una altísima relevancia en la dinámica de la relación jurídica de consumo, que tiene en su génesis un desequilibrio en el conocimiento o la habilidad de sus integrantes.

En materia de información en el consumo, la reforma introducida por la ley argentina 27.250 obligaba a proveer la información a los consumidores en soporte físico, con opción de suplantar dicho soporte "si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición".

Se sostenía en ese momento que, si bien el artículo 1094 del Código Civil y Comercial consagra el acceso al consumo sustentable como una de las grandes pautas para la aplicación e interpretación de las normas reguladoras de las relaciones de consumo, en materia de información el ordenamiento legal había tomado partido entre el avance tecnológico y la custodia del consumidor y decidido privilegiar el principio protectorio (BAROCELLI, 2016).

La solución normativa coexistía con la brecha tecnológica existente en el universo de consumidores y usuarios. Se consideró por ello que la protección ambiental del art. 1094 no debía sacrificar la protección de quien está en situación de vulnerabilidad, de manera que el derecho a la información debe adecuarse a la capacidad de comprensión del consumidor. En definitiva, es su entera elección la forma en que desee recibirla, por lo que el legislador había optado allí por un medio de difusión de la información que se presume más favorable y accesible al acreedor de los datos (CROVI, 2016: 1).

Posteriormente, el decreto 27/2018 realizó en esta materia una reforma pendular, situando el soporte electrónico como el primordial a través del cual iba a proveerse la información al consumidor, salvo determinación distinta del proveedor u opción del consumidor por el soporte físico. Reemplazó de este modo la visión inversa que dos años antes había instaurado la ley 27.250, pero dicho decreto fue a su vez derogado por la ley 27.444, que no previó un nuevo texto sustitutivo sobre la materia.

III. Principios del comercio electrónico

De la misma manera que ocurre con la regulación protectoria del consumidor o usuario, la utilización de los medios electrónicos tampoco aparece en el derecho como un tema de interés cerrado en sí mismo. Por el contrario, involucra todas las vertientes del derecho material, escapando de la parcela del derecho privado, pero incluso dentro de este último combinando cuestiones dispares pertenecientes a campos variados, como ser la intimidad, la protección de datos personales, lo contractual, la propiedad intelectual e industrial, la imagen y el honor (MENÉNDEZ MATO, 2005).

El sinnúmero de aspectos que la temática despunta y que se ve traducido en otros tantos actos legislativos, excede el objetivo del presente trabajo, por lo que nuestro recorrido se concentrará en la respuesta que el Derecho brinda dentro del marco contractual y, especialmente, dentro de los contratos celebrados con consumidores.

Las determinaciones normativas a través de las cuales el Derecho asimila estas nuevas herramientas siguen el principio de *neutralidad tecnológica*, en virtud del cual la ley no opta por un medio tecnológico determinado, y tiene por lo tanto suficiente virtualidad para alcanzar futuras técnicas superadoras de las ya existentes. Se suele incluir en este principio también el enfoque de las normas al no consultar el contenido ni la utilidad que se le dé a la tecnología, salvo para custodiar los derechos personalísimos y la seguridad nacional.

La Directiva 2000/31/CE se propuso crear para Europa un auténtico espacio sin fronteras en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, dentro de lo cual a su vez determinó la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores a través de un marco claro y general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, lo que le valió la denominación de "Directiva sobre comercio electrónico".

Por obra de dicha norma, los estados miembros de la Unión Europea se encuentran compelidos a contar con una legislación que permita la celebración de contratos por vía electrónica (art. 9, apartado 1), lo que significó a su vez en el derecho español la sanción de la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). La LSSI tiene por "contrato celebrado por vía electrónica" o "contrato electrónico" a todo aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones (Anexo, letra h).

En suelo argentino, por el contrario, la moderna legislación de derecho privado no se ocupó de definirlo, a pesar de que sí lo hace con otros contratos (ALTERINI, 2015). Merecen aquí ser realizadas dos aclaraciones para entender el camino adoptado por sus normas.

Por un lado, el código argentino aborda el presente tópico dentro de los contratos de consumo (Libro Tercero, Título III) y se vuelve a hacer una mínima mención en la LDC, sobre la posibilidad de establecer relaciones de consumo cuya fuente provenga de los medios electrónicos. El art. 1105 del cuerpo codificado incluye como medios de comunicación a distancia especialmente —y no taxativamente— a los postales, electrónicos, de telecomunicaciones, así como los servicios de radio, televisión o prensa.

En segundo término, el resto de los supuestos —en donde no intervienen consumidores y usuarios— no cuentan en la ley sustantiva con una enunciación general aplicable a los contratos electrónicos, no por descuido, sino como resultado de la ingeniosa previsión contenida en el art. 286 del Código Civil y Comercial para los actos jurídicos en los que se deba cumplir la forma escrita. Dicho artículo específicamente señala que la expresión escrita "puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos". El anterior código legal no prohibía la existencia de instrumentos que carezcan de soporte en papel (LEIVA FERNÁNDEZ, 2001), pero en la nueva normativa no hay una mención puntual al uso de la forma electrónica, recogiendo el principio de neutralidad tecnológica y dando libertad al emisor para que, por medio de una declaración de voluntad por escrito, elija el soporte en el cual quiera dejar constancia, cuando ello sea posible.

La legislación del país había logrado de este modo cumplir buena parte de su "Agenda Digital" impulsada por el entonces decreto 512/2009, norma en la cual se asumía la necesidad de crear un marco jurídico adecuado para el aprovechamiento de las nuevas tecnologías en la sociedad de la información, asegurando la neutralidad y fijándose metas de revisión y actualización de temas tales como la firma digital y el documento electrónico, la defensa del consumidor digital, el comercio electrónico, el gobierno electrónico, los contratos virtuales, los derechos intelectuales en Internet y la emisión de moneda virtual.

Dicho programa fue recientemente sustituido por la "Agenda Digital Argentina" impulsada por el decreto 966/2018, que se plantea justamente como primer objetivo promover que los marcos jurídicos permitan aprovechar las oportunidades digitales, contemplando tratamiento adecuado de la información pública y privada.

Asimismo, desde 2014 el país cuenta con la Ley 27.078 de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pero con la afirmación de la neutralidad reducida a

asegurar el uso de la red de internet sin ningún tipo de restricciones o bloqueos directos o indirectos. El Decreto 267/2015, con seria preocupación porque el Derecho refleje la realidad impuesta por la convergencia tecnológica, creó una comisión para la reforma, actualización y unificación de dicho régimen con el de los servicios de comunicación audiovisual —excluidos expresamente de la LSSI—, y colocó a ambos bajo una nueva autoridad administrativa en materia de comunicaciones. Aunque exista en el futuro un desarrollo normativo sobre ciertas tecnologías, las amplias directrices contenidas en el Código Civil y Comercial seguirán dando lugar a una interminable cantidad de vías para celebrar contratos.

Así como Argentina tiene a la forma electrónica especialmente incluida en los contratos de consumo, la LSSI es perfectamente consciente de la utilidad que sus disposiciones brindan en las relaciones de consumo, pues establece que los contratos electrónicos quedarán también alcanzados por los Códigos Civil y de Comercio y por las demás normas civiles o mercantiles sobre contratos, "en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial" (art. 23, ap. 1, 2° párr.). La integración normativa que venimos resaltando se manifiesta con la inclusión de los servicios de la sociedad de la información entre aquellos bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado que justifican una protección prioritaria de los poderes públicos hacia los derechos de los consumidores y usuarios, cuando guarden relación directa con ellos (TRLGCU, art. 9; Real Decreto 1507/2000, del 1 de septiembre, Anexo I; Ley 44/2006, del 29 de diciembre, disposición final séptima y Orden SCO/453/2008, del 14 de febrero).

A lo largo de su art. 23, la LSSI afirma el principio de *equivalencia funcional*, al disponer que "los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico…" y que "siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico".

En el anteriormente referido art. 286 del CCCN, consta con claridad la equivalencia de todos los soportes posibles, al no negarse el efecto jurídico a una oferta o aceptación plasmada en un medio distinto al papel, a lo que debe adicionarse la igualdad de la firma tradicional con la firma digital en los instrumentos generados por medios electrónicos (art. 288).

En lo que respecta en sí al contrato de consumo, el artículo 1106 reza: "Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar". Se ha dicho por ello que la ley no define el

contrato electrónico pero pareciera estar solamente consignando el cumplimiento por vía electrónica del requisito formal de escritura del contrato de consumo (ALTERINI, 2015).

De esta manera, las normas establecen que ante la exigencia de que un acto jurídico sea instrumentado en forma escrita y autógrafa, queda cumplida con su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así plasmado. En definitiva, los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración se producen sin que interese el soporte en el que conste la declaración (ETCHEVERRY e ILLESCAS ORTIZ, 2010).

Este reconocimiento en un pie de igualdad nos lleva a comprender la extensión que las reglas gobernadoras del contrato tienen sobre el uso de las herramientas electrónicas, ya que los contratos electrónicos no se definen por su objeto sino por el medio empleado para su realización (FERNANDEZ DELPECH, 2014). Se busca a fin de cuentas favorecer su nacimiento, con plena eficacia jurídica, al igual que aquel contrato concebido bajo las tradicionales formas escritas de los actos privados.

La contratación electrónica ha merecido la mirada del legislador para facilitar su funcionamiento, pero su inserción normativa no termina engendrando ninguna nueva órbita ni tipología contractual dentro del derecho privado. Como expresión del principio de *inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos*, se ha dicho que la electrónica "es únicamente un nuevo soporte sobre el que se transmite la voluntad humana y no ha de dar lugar a un nuevo derecho regulador de la misma. Así, los elementos esenciales del negocio jurídico y la tipología contractual no sufren variación alguna por la intromisión de ésta en nuestra vida" (BATUECAS CALETRÍO, 2004: 3). Es el motivo por el cual los contratos por medios electrónicos tendrán validez para generar efectos jurídicos "cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez" (LSSI, art. 23).

En esencia, en el comercio electrónico nos encontramos frente a los mismos contratos que desde antaño concibe y estudia el derecho privado, como así frente a la misma relativización que la ley fue haciendo de la autonomía de la voluntad, aunque mucho más patente en el caso de los contratos celebrados con los consumidores.

IV. Contratación a distancia

Hay diversas formas por las que un consumidor y un proveedor pueden coordinar sus voluntades y perfeccionar un contrato. El consumidor puede concurrir a uno de los locales del empresario, informarse sobre un producto, seleccionarlo, pagarlo y retirarse con

lo que compró; puede también comunicarse telefónicamente, informarse y exteriorizar su voluntad para adquirir un bien o servicio que pagará por algún medio no presencial; y en nuestros tiempos de la sociedad de la información, puede además ingresar al sitio web del prestador, consultar sus distintos productos, ver imágenes y descripciones, clickear en un determinado sector para solicitarlo y, eventualmente, abonarlo.

Los dos últimos supuestos —con más la venta por correo, hoy en retroceso frente a medios más veloces y ventajosos— son ejemplos de una modalidad de contratar en donde las partes no se encuentran físicamente reunidas en el mismo sitio. Nos referimos a los contratos a distancia, aquellos que se celebran sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y mediante la utilización exclusiva —hasta el momento de la propia celebración— de una técnica de comunicación a distancia (TRLGCU, art. 92, apartado 1).

En las relaciones de consumo legisladas en Argentina, se utilizó una redacción casi idéntica a la española, al definirlos en el art. 1105 del Código Civil y Comercial, aunque su fuente no parece estar en España ni la Unión Europea sino en el parágrafo 312c (Fernabsatzverträge) del Código Civil de Alemania (STIGLITZ, 2014). La LDC, en su art. 33 de "venta por correspondencia y otras", incluye en paralelo los casos en que "la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

España y Argentina tienen demarcada la diferencia conceptual entre la contratación a distancia y la efectuada fuera del establecimiento comercial: en esta última, el consumidor no concurre en busca de un producto o servicio determinado, sino que lo termina adquiriendo tras haber sido abordado o sorprendido por el empresario en la calle, en su trabajo, en su propio domicilio o en alguna otra ocasión inesperada, mediante técnicas no ortodoxas de venta, pero en tal caso sí se verifica una presencia física simultánea de ambas partes y por lo tanto ellas no se sirven de ningún medio de comunicación a distancia para transmitir la oferta y la aceptación.

El contrato electrónico es una especie o modalidad de contratación a distancia, aunque su régimen jurídico está fragmentado o disperso y depende de la naturaleza de la prestación de que se trate y de la cualidad subjetiva de los contratantes (VATTIER FUENZALIDA, 2001).

La Directiva 2011/83/CE deja muy claro en su artículo 6.8 que los requisitos de información en estos contratos son adicionales a aquellos contenidos en la directiva sobre comercio electrónico, pero que prevalecerá sobre la segunda en caso de conflicto acerca

del contenido o modo en que debe proporcionarse la información. Por ello, en España, cuando la técnica de comunicación a distancia utilizada es un medio electrónico, rige también la LSSI, y lo hace de modo preferente a la propia regulación de la contratación a distancia con consumidores, salvo en lo que se refiriera al contenido y modo de proporcionar la información al consumidor o usuario, en cuyo caso sí prevalecerán las reglas del TRLGCU (arts. 94 y 97, apartado 7).

Por obra de la directiva recién indicada y la consecuente sanción de la ley 3/2014, del 27 de marzo, el TRLGCU pasó a tener un régimen legal común en materia de protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Dicha directiva había decidido en un comienzo dejar fuera de su alcance la regulación de los viajes combinados —que en su momento eran objeto de la Directiva 90/314/CEE—, por ya incluir ésta numerosas normas de protección de los consumidores. Con el nacimiento de la nueva regulación comunitaria sobre viajes combinados, la Directiva (UE) 2015/2302 —pronta a ser incorporada al régimen nacional español— mantuvo dicha exclusión pero estableció la aplicabilidad de las obligaciones de información destinadas a asegurar que el consumidor comprenda la obligación de pago que acarrea la operación que se encuentra realizando y los eventuales pagos adicionales.

Los contratos a distancia constituyen actualmente una de las fórmulas jurídicas más importantes y con mayor futuro dentro del comercio minorista (BOTANA GARCÍA, 2014). La inteligencia de las normas en ambos países es similar, pero una acción cotidiana de sus ciudadanos curiosamente no comparte la misma solución legislativa: la compra por internet de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, con la posterior distribución o entrega física regular de los productos elegidos en el domicilio del consumidor, no queda en España bajo el cono de la contratación a distancia (TRLGCU, art. 93, apartado j) mientras que en Argentina sí, en la medida que la posterior entrega ha de entenderse como un acto ejecutorio del contrato previamente celebrado a distancia y no exista ninguna previsión normativa que sugiera lo contrario.

Mientras en nuestro país el art. 1107 del Código Civil y Comercial expresa las obligaciones de información que se suman por el hecho de ser un contrato a distancia, en el reino español el TRLGCU lo hace en el art. 97. Además, el proveedor ibérico deberá guiar al consumidor en los pasos que deberá seguir para celebrar el contrato e informar los medios técnicos que se encuentran a disposición para corregir eventuales errores en la introducción de los datos, lo cual se cumple con su indicación permanente dentro del sitio web. No obstante, cuando el servicio de contratación electrónica está diseñado para su acceso mediante dispositivos con pantallas de formato reducido, se deberá proveer en forma

permanente la dirección de internet en donde dicha información se encuentra a disposición (LSSI, art. 27).

Por otro lado, en el ámbito del Mercosur —del cual Argentina forma parte desde su fundación en 1991— la Resolución N° 21/2004 GMC determinó la información que el proveedor debe brindar a los consumidores en su sitio de internet en operaciones de comercio electrónico, tales como los datos comerciales del propio empresario, las características y disponibilidad del producto o servicio ofrecido, las condiciones de contratación junto a las eventuales restricciones, la advertencia sobre posibles riesgos del producto o servicio y la modalidad y responsabilidad por la entrega, entre otros. No obstante haber sido incorporada al derecho interno del país mediante la Resolución 104/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, la Resolución no tiene vigencia ni fuerza real en la esfera de la integración regional mientras no se encuentre incorporada en los ordenamientos jurídicos de la totalidad de los países.

La obligación de informar sobre el derecho de desistimiento con que cuenta el consumidor adquiere enormes dimensiones en los contratos a distancia de los dos países. Dicha posibilidad no apunta tanto a brindarle al consumidor un período de reflexión —lo que es más propio de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, en donde existió una venta agresiva de parte del empresario— sino a dar un período de prueba en el cual el consumidor pueda corroborar si el bien recibido se corresponde con las expectativas que se formó al momento de contratar electrónicamente, pues en tal caso no tuvo frente a sí un ejemplar para examinarlo antes de prestar su aceptación a la oferta comercial.

La facultad de desistir o revocar su aceptación opera como un derecho discrecional o potestativo que puede ser ejercido sin necesidad de expresar motivo ni justificación alguna y sin que acarree ninguna responsabilidad, en la medida que se ajuste a la norma que lo regula (PARELLADA, 2011). En el derecho ibérico transcurre tanto en el genérico art. 60 como en el específico art. 97 del TRLGCU, y en el Código Civil y Comercial argentino queda particularmente indicado que la facultad de revocar la aceptación debe estar incluida en caracteres destacados en cada documento de negociación o en el propio documento que instrumenta el contrato y ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario (art. 1111).

Continúa vigente en nuestro territorio la Resolución 906/1998 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería, que es previa a esta última previsión del nuevo código nacional, pero cuyo contenido se adapta cómodamente y de hecho aporta mucha utilidad para la concreción de la información pertinente. Su artículo 4 expresa una fórmula uniforme

bajo la cual se hace comúnmente saber el derecho que asiste al consumidor para revocar su aceptación —aunque consignándose allí el plazo de cinco días que rigió hasta el año 2008— . En concordancia, su artículo 3 ordena que los textos o informaciones que por imperativo legal deban incluirse en forma destacada, notoria u ostensible, se consignen en negrita (block) y con caracteres tipográficos con un tamaño no menor a una vez y media el que resulte utilizado en el cuerpo o texto general del documento.

El período dentro del cual es posible, en Argentina, revocar la aceptación es de diez días naturales desde la celebración del contrato, de acuerdo al art. 34 de la LDC y al art. 1110 del Código Civil y Comercial. El período corre incluso ante su falta de información previa (art. 1111 "in fine") y se ejerce bajo notificación escrita, electrónica o similar dirigida al proveedor o bien directamente devolviendo la cosa dentro del citado plazo (art. 1112).

El derecho de desistimiento en un contrato a distancia bajo la ley española persiste, en cambio, durante catorce días naturales, a contar desde el día de celebración del contrato cuando el objeto del contrato es un servicio o bien desde el día en que el consumidor acceda a la posesión del bien en el caso de una compraventa. El formulario o modelo bajo el cual puede ser ejercido este derecho, debe haber sido provisto previamente entre la información preliminar y debe constar en el soporte duradero que integra la información de la oferta o bien la confirmación del contrato. En caso de no haberse informado la existencia de dicho derecho desde la etapa precontractual, la norma prevé una fuerte sanción, extendiendo el plazo por doce meses más (TRLGCU, art. 97, apartado 1.i, art. 98, apartados 1 y 7, art. 102 y arts. 104 y 105).

La LSSI acabó con la disímil solución que los códigos en lo civil y en lo mercantil de España brindaban para determinar el momento de perfeccionamiento de los contratos celebrados por carta. El art. 1262 del Código Civil de dicho país adhería a la teoría del conocimiento, obligando al oferente desde que sabía que su oferta había sido aceptada.

Con la reforma efectuada, se abandonó la tradicional distinción entre contratos entre presentes y entre ausentes, planteando la cuestión en términos más realistas y actuales, refiriéndose ahora a los contratos entre personas distantes ("hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó…"). El artículo en su redacción actual muestra por un lado a los contratos de formación instantánea y por otro a los de formación sucesiva, por lo que el momento de nacimiento de un contrato vendrá condicionado por el medio de comunicación que los contratantes utilicen para manifestar sus declaraciones de voluntad.

En los contratos de formación sucesiva, la aceptación se produce en un momento cronológico posterior a la oferta, y allí funciona el sistema de la cognición "matizada" —posición no pacífica en la doctrina—, pues se equipara al conocimiento a la posibilidad de su conocimiento ("hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe"). No obstante, si el proponente, a pesar de su conducta ajustada a la buena fe, no puede conocer la declaración ya recibida del aceptante, la conclusión del contrato se traslada al momento en el que el oferente conoce la aceptación, principio general que sólo tiene excepción cuando los contratos son celebrados mediante dispositivos automáticos (DE CUEVILLAS MATOZZI, 2005).

Efectivamente, el nuevo art. 1262 ibérico finaliza precisando: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación". El texto debiera mencionar, más apropiadamente, "dispositivos informáticos" (RUIZ MUÑOZ, 2010). La legislación española adoptó el criterio de la recepción, pero en los contratos electrónicos que son de nuestro interés, el contrato quedará perfeccionado cuando el aceptante —en nuestra hipótesis, el consumidor— transmite su voluntad.

En la Argentina ya se venía sosteniendo que el "apretón de manos electrónico" en el que el intercambio entre la oferta y su aceptación se hayan producido de manera inmediata o instantánea, sea por vía manual o automática, se trata de un contrato entre presentes (DE FILIPPO, 1999). De allí que la contratación electrónica en la que no había existido una conexión en tiempo real ("offline") quedase comprendida dentro de los contratos entre ausentes.[1]

El nuevo Código Civil y Comercial del país sigue teniendo la diagramación de contratos entre presentes y entre ausentes (art. 980), pero continúa siendo claro que no es la distancia física la que determina una u otra forma de contratación sino la distancia jurídica, propia del contrato entre ausentes. Adicionalmente, al establecer que la oferta hecha a una persona presente o formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente (art. 974), ninguna duda hay de que seguimos hablando de contratos entre presentes. Como corolario de ello, la aceptación

[1] XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, septiembre de 2001, Comisión N° 3, "El consentimiento y los medios informáticos", consultado el 20/04/2018 en http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/aportes-teoricos/XVIII%20Jornadas%20Nacionales%20de%20Derecho%20Civil.pdf

perfecciona el contrato en el momento en que es manifestada (art. 980, inciso a), igual que en España.

Es muy visible que en ambos países el consumidor puede correr con la seguridad de que una vez que dio el *click* o la aceptación definitiva en la pantalla, quedó reunido el consentimiento creador del vínculo contractual, no obstante lo cual el oferente carga con la obligación adicional de hacer conocer al consumidor la recepción de su aceptación (LSSI, art. 28; Código Civil y Comercial argentino, art. 1108).

V. Confianza online y soluciones alternativas

La equivalencia funcional que consagran las normas brindan certeza a las partes de un contrato electrónico: el efecto jurídico buscado se producirá y quedará plenamente reconocido por el Derecho aunque ellas no registren su operatoria en el tradicional soporte papel. Pero por otro lado, los mecanismos electrónicos generan la dificultad de identificar a la contraparte, y por lo tanto no pueden asegurar su identidad ni su capacidad.

Los organismos europeos muestran seguidamente en los fundamentos de sus Directivas y Reglamentos el poco provecho que tiene el comercio electrónico y paralelamente se plantea en los textos doctrinarios la desconfianza que la utilización de los medios electrónicos despierta en la masa de consumidores.

Algunos autores se han referido al término *comercio electrónico incompleto* para categorizar dentro de él el intercambio de datos en donde se perfecciona el contrato, pero otras etapas de la transacción, como el pago, se realizan fuera del sistema. En nuestro país se señaló en un momento a Mercado Libre como una de las pocas empresas que realizan comercio electrónico completo (FERNÁNDEZ DELPECH, 2014), pero en la actualidad la lista se acrecienta incesantemente.

La ley española 56/2007, del 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, sostiene en su preámbulo que la LSSI y la Ley 59/2003, del 19 de diciembre, sobre firma electrónica, constituyen dos piezas angulares del marco jurídico en el que se desenvuelve el desarrollo de la sociedad de la información.

El país europeo tiene una voluntad legislativa de encaminar la solución dentro del comercio electrónico. En primer lugar, porque por imperio del art. 97, apartados 1.b, 1.c y 1.d, del TRLGCU, el empresario tiene obligación de exhibir en su sitio web de oferta comercial su identidad y nombre comercial, dirección completa del establecimiento o sede, número de teléfono y la dirección de e-mail para un rápido contacto.

En segundo lugar, la autoridad gubernamental española emite documentos de identificación que tienen incorporados chips en donde se almacenan certificados electrónicos que el ciudadano debe activar en sencillos trámites en la web y que, de acuerdo a la evolución de su implantación, es de esperar que tomen un sentido muy concreto en el perfeccionamiento de los contratos electrónicos. Se prevé expresamente que "la firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel" (Real Decreto 1553/2005, del 23 de diciembre, art. 1, apartado 5).

La Argentina, desde su decreto nacional 1501/2009 y sus sucesivas reglamentaciones, viró hacia la completa confección digital de los documentos de identidad, y la máxima tecnología que ha logrado incorporar en ellos son los códigos bidimensionales pdf417, capaces de llegar a almacenar incluso las huellas digitales de su portador. No cuenta en cambio, con ningún modo de identificación por tecnología de contacto y no tiene aún una utilidad real y concreta para los medios virtuales de transmisión de información.

Lo que en España se denomina *firma electrónica avanzada*, en Argentina es una *firma digital* y está prevista en la ley 25.506, pero al no encontrarse los certificados digitales de firma adosados a ningún documento propio del ciudadano, cada interesado en contar con dicha firma debe gestionar el propio. No obstante, es cada vez más utilizada dentro de la Administración Pública.

España también cuenta con un sistema de distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, regulado por el Real Decreto 1163/2005. Este sistema puede ser utilizado por los prestadores que adhieran a códigos de conducta compatibles con las condiciones que el decreto establece. El resultante *distintivo público de confianza en línea* es concedido y retirado por el órgano competente en materia de consumo de la comunidad autónoma en que esté domiciliada la entidad promotora del código, con validez nacional de su decisión. En particular, pueden exhibir dicho distintivo prestadores de servicios de la sociedad de la información que ofrezcan a los consumidores y usuarios garantías que mejoren o incrementen las reconocidas por el ordenamiento jurídico.

La Argentina, por su parte, se encuentra en plena consolidación de la contratación electrónica, realidad que refleja la Cámara Argentina de Comercio Electrónico en sus

comunicados.[2] Este organismo promueve dentro de su ámbito de influencia un sello de confianza propio que se encuentra a su vez nucleado en el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico, aunque no existe en su país una infraestructura legal para dichos distintivos.

El prestador de servicios español de la sociedad de la información puede adherirse voluntariamente a códigos de conducta que, en su caso, deberá exhibir en su web, y aquellos que afecten a los consumidores y usuarios deberán además ajustarse a los códigos de práctica comercial previstos por el Capítulo V de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal, reformado por la Ley 29/2009 (LSSI, arts. 10, apartado 1.g, y 18, apartado 1). El distintivo de confianza hispano exige, como dijimos, una serie de requisitos que tienen que llenar los códigos de conducta que comparta el prestador de estos servicios.

Es útil poner en claro la interrelación que el real decreto diagrama entre la obtención del distintivo online y la admisión por parte del empresario de soluciones a conflictos con los consumidores que no deban necesariamente tramitar ante las oficinas del Poder Judicial. Así es que entre los requisitos para obtener el mencionado sello distintivo se encuentra la adhesión al arbitraje de consumo ibérico o a algún otro sistema de resolución extrajudicial de conflictos avalado por la Comisión Europea.

En aquel país, el Sistema Arbitral de Consumo, actualmente legislado en el Real Decreto 231/2008, del 15 de febrero, ordena a los colegios arbitrales a resolver los conflictos en base a los principios de equidad, salvo que las partes hubieren exteriorizado en forma expresa su voluntad de resolverlos de acuerdo a derecho; permite la intervención de un árbitro único si las partes y la Junta Arbitral lo deciden, siempre que la controversia sea inferior a los trescientos euros y la falta de complejidad del asunto lo aconseje. Prevé además el arbitraje de consumo electrónico que puede ofrecer la Junta Arbitral de cada territorio, en donde se utiliza la firma electrónica y el procedimiento se sustancia íntegramente de manera virtual, incluidas las notificaciones, sin perjuicio de que alguna actuación pueda exigir el uso de medios tradicionales.

Como aporte estadístico, la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León logró poner fin al 75,8% de los 1.413 diferendos entre consumidores y empresas en los que tuvo

[2] http://www.cace.org.ar/comunicados/el-comercio-electronico-en-argentina-facturo-102-700-millones-durante-2016/, consultado el 20/05/2018.

efectiva intervención a lo largo del año 2016, la mayoría de ellos a través de un colegio arbitral y con una media de dos meses entre su constitución y la emisión del laudo.[3]

Al dictar la Directiva 2013/11/UE, las autoridades comunitarias se manifestaron preocupadas por la falta de un desarrollo suficiente y coherente en relación con la resolución alternativa de litigios. En el considerando 6 expresaron: "Las disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros constituyen un obstáculo para el mercado interior y se hallan entre las razones por las cuales muchos consumidores se abstienen de comprar más allá de las fronteras y no confían en que los posibles litigios con los comerciantes puedan resolverse de un modo sencillo, rápido y asequible. Por los mismos motivos, podría suceder que los comerciantes se abstengan de vender sus productos a los consumidores de otros Estados miembros en los que el acceso a procedimientos de resolución alternativa de alta calidad sea insuficiente. Además, los comerciantes establecidos en un Estado miembro en el que no se cuente con suficientes procedimientos de resolución alternativa de alta calidad se ven en una posición de desventaja competitiva respecto de los comerciantes que sí tienen acceso a tales procedimientos y pueden, por consiguiente, resolver los litigios con consumidores de manera más rápida y económica".

La realidad descripta es uno de los motivos por los cuales algunos proveedores o empresarios delinean un "geobloqueo" en la oferta electrónica de sus productos, programando redireccionamientos dentro de la página web que impiden que los residentes en un Estado de la Unión puedan acceder a lo ofertado en otro país de la comunidad. La Comisión Europea ha decidido ir contra este tipo de conductas mediante la propuesta de tres Reglamentos.[4]

La Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) 524/2013 hicieron un frente común y complementario en la adopción de medidas concretas para promover el arbitraje en suelo europeo. En ellos se reconoce la ineficacia de la justicia tradicional para dar soluciones a la problemática derivada de las relaciones de consumo, en relación con la duración y coste de los procedimientos judiciales, frente al limitado valor económico de las reclamaciones (VALBUENA GONZÁLEZ, 2015).

[3] www.comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1284721258155/_/1284721448709/comunicación, consultado el 20/05/2018.
[4] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_es.htm, consultado el 20/05/2018.

El mencionado reglamento creó una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión Europea para todo el comercio electrónico, la cual se encuentra actualmente en pleno funcionamiento[5] y a la cual se arriba desde los links que deben mostrar en sus sitios web los empresarios europeos que celebren contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea (art. 14). En su primer año de actividad, más de veinticuatro mil consumidores europeos se interesaron por dicha plataforma en búsqueda de una solución a sus reclamos.[6]

Por intermedio de la ley española 7/2017, del 2 de noviembre, fue transpuesta la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de conflictos de carácter nacional o transfronterizo, surgidos entre un consumidor y un empresario establecidos en la Unión Europea, con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de prestación de servicios, celebrado o no a través de internet, independientemente del sector económico al que correspondan.

La nueva norma abre la posibilidad a que los procedimientos de resolución alternativa de litigios de consumo sean llevados por personas físicas o entidades de naturaleza pública o privada establecidos de manera duradera en España y que, tras ser acreditadas, compongan el listado nacional de entidades que elabore la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Asimismo, aunque se encontraba previsto que tuvieran un coste simbólico para los consumidores —avalado por el art. 8 de la Directiva— finalmente se declaró su completa gratuidad.

Se permite que personas empleadas o retribuidas exclusivamente por el empresario reclamado, por una organización profesional o por una asociación empresarial de la que sea miembro el empresario reclamado, puedan igualmente ser designadas como encargadas de la resolución del litigio con el cumplimiento de ciertas garantías adicionales de imparcialidad, lo que ya en su versión como Anteproyecto había merecido una muy dura objeción de parte del Consejo de Consumidores y Usuarios.[7]

No obstante, debe destacarse el fuerte énfasis protectorio que contiene el art. 13 de la ley, inspirado en el art. 10 del instrumento comunitario, al otorgar un tratamiento dispar a

[5] http://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/consumers-dispute-resolution/out-of-court-procedures/index_es.htm, consultado el 20/05/2018.
[6] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-727_es.htm, consultado el 20/05/2018.
[7] Consejo de Consumidores y Usuarios, *Memoria 2015*, págs. 39/40, www.consumo-ccu.es/dictamenes/memoria2015.pdf, consultado el 20/05/2018.

los convenios que, antes de surgir el conflicto, hayan suscrito el consumidor y el empresario sometiéndose a un procedimiento de resolución alternativa con resultado no vinculante. En tales casos, al consumidor no se lo entenderá obligado por dichos acuerdos, pero al empresario sí. El criterio más amplio se refleja en el actualmente vigente art. 57, apartado 4, del TRLGCU con relación al compromiso arbitral.

Por iniciativa de la LDC argentina, nació en 1998 el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, de carácter gratuito y de elección voluntaria para el consumidor luego de surgir la controversia, por lo que no cuentan con validez los compromisos arbitrales previos que este último haya asumido (BERSTEN, 2003). Dichos tribunales de arbitraje deciden la controversia según equidad, salvo que las partes decidan que se lo haga en derecho (decreto 276/1998). Posteriormente, el decreto 65/2018 introdujo una innovación en el sistema mediante la creación del arbitraje electrónico, que se inicia y sustancia íntegramente de manera electrónica y mediante un tribunal unipersonal, dotando de agilidad al mecanismo.

De todos modos, en Argentina la solución extrajudicial de conflictos en el consumo no es un estímulo para poder utilizar un sello de confianza electrónica —sólo permite un distintivo oficial de adhesión al propio sistema de arbitraje—, sino que desde la sanción de la ley 26.993 constituye en todo el país una instancia obligatoria y previa a todo reclamo ante autoridades administrativas o judiciales en los casos en donde el monto reclamado no supere los cincuenta y cinco salarios mínimos.

Desde el año 2015 funciona el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), y ya tiene implantada la posibilidad de encauzar electrónicamente —igual que en España— la petición y las distintas notificaciones de este método de resolución de conflictos. Paralelamente, se crearon la Auditoría en las Relaciones de Consumo y, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, juzgados especializados en consumo, aunque ninguno de ellos se encuentra todavía en funcionamiento.

VI. Conclusiones

La recepción legislativa de las nuevas herramientas tecnológicas ocurrió en España y en Argentina en distintos momentos históricos y en diferentes contextos. Buena parte del diseño legal español responde a la transposición de sucesivas directivas emanadas de la Unión Europea, mientras que Argentina renovó y actualizó su derecho privado en 2015 de manera completamente autónoma.

Ambos países venían trabajando en el reconocimiento legislativo de la asimetría presente en las relaciones de consumo y sus regulaciones en diversos sectores fueron de a

poco conformando en su derecho interno un microsistema de defensa del consumo. El régimen de consumo de ambos Estados, asimismo, diseñó tribunales arbitrales para la resolución alternativa de los conflictos que se susciten entre empresarios y consumidores o usuarios. Estos tribunales tuvieron un desempeño tibio y fueron de instancia voluntaria, aunque ya no lo son en Argentina por la instalación de un nuevo servicio de conciliación obligatoria en relaciones de consumo.

La normativa de protección al consumidor experimentó la posterior irrupción de la regulación sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico, que se estableció en armonía con los principios de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica e inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos. Una vía alternativa por la cual era posible establecer relaciones entre personas y por lo tanto un nuevo espacio capaz de canalizar una exteriorización de voluntad y transmitirla, encontró lugar en la legislación de cada país. España se ocupó de amparar la confianza en línea mediante la promoción de distintivos, mientras que las autoridades públicas argentinas no establecieron ninguna medida de ese estilo.

Si bien el derecho español reaccionó a estas temáticas antes que lo hiciera la Argentina, ambos países exhiben en la actualidad una rica interrelación normativa claramente dirigida al resguardo de los derechos e intereses de quienes se valen de las modernas y abiertas herramientas electrónicas de comunicación para contratar con empresarios o proveedores de bienes para consumo final.

Es común en dichos Estados la concepción normativa de los contratos a distancia en razón de la utilización de métodos electrónicos para la trasmisión de la oferta y de su aceptación, una nueva determinación dentro de la teoría del contrato que corrió el foco de la tajante división de contratos entre presentes y entre ausentes. La inmensa mayoría de la regulación que existe al respecto actúa como marco normativo previsto para la interacción con los consumidores.

La legislación de ambos países coincide al determinar el momento en el cual se entiende perfeccionado el contrato —al momento de ser emitida la aceptación— y la inclusión de los contratos electrónicos dentro de los contratos a distancia. Los contratos electrónicos constituyen en España una materia especializada aplicable a todo tipo de contratos, pero en la Argentina tienen su especial sitio en los contratos de consumo. Los actuales preceptos legales argentinos dan cuenta de la igualdad de cualquier soporte para almacenar una declaración por escrito y no solamente el electrónico, lo que no ocurre en la ley 34/2002, del 11 de julio, de España. Es decir, como distinción en la técnica legislativa, nuestro país regula los contratos electrónicos dentro del ámbito de la defensa del

consumidor, presente tanto en Código Civil y Comercial como en la ley especial. Por otro lado, cuenta con un tratamiento más amplio de los actos jurídicos plasmados en cualquier soporte, capaz de abarcar con una sencilla y breve fórmula un abanico interminable de posibilidades futuras.

Las similitudes se siguen verificando, no obstante, en la enérgica exigencia que sus marcos normativos descargan sobre el empresario en materia de información transparente y oportuna, fundamentalmente en la etapa precontractual. La posibilidad con que cuenta el consumidor de un contrato a distancia de retraer su aceptación en un plazo razonable demanda también especiales disposiciones normativas de los países en cuestión a fin de asegurar su ejercicio libre e irrestricto. En ésta área, sin embargo, España ofrece normativamente una defensa de la que Argentina carece: en territorio ibérico, la omisión de informar al consumidor acerca de su derecho de desistimiento supone la adición de doce meses para que pueda hacerlo valer, en tanto en Argentina sencillamente se prevé que el plazo corra aún sin que el instituto hubiera sido previamente informado.

Incluso con los desencuentros detallados, y asumiendo que existe entre ambos países una visible diferencia en el caudal normativo y en la regulación de hipótesis, tanto uno como el otro siguen líneas básicas similares: la esencia de la defensa del consumidor. Su norte es el mismo y logran a fin de cuentas un muy alto estándar de protección a los consumidores y usuarios que celebran contratos electrónicos.

Bibliografía

ALTERINI, J. H. (2015) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Buenos Aires, La Ley.

BAROCELLI, S. (2016) "Comentario a la ley 27.250", *La Ley*, cita online: AR/DOC/2686/2016.

BATUECAS CALETRÍO, A. (2004) *Contratación electrónica*. Universidad de Salamanca, consultado en [http://campus.usal.es/~derinfo/Material/200405/Alfredo/Tema%20Contrataci%f3n%20electr%f3nica1.pdf] el 20/05/2018.

BERSTEN, H. (2003) *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires, La Ley.

BOTANA GARCÍA, G. A. (2014) *Dossier sobre contratos electrónicos*. España, La Ley.

—— (2014) *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*. España, La Ley.

CROVI, D. (2016) "El deber de información en los contratos", *La Ley*, 2016-F-1051.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (2005) "La perfección contractual tras la reforma introducida por la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: un paso más hacia la unificación internacional del Derecho privado", *La Ley*, cita online: AR/DOC/70/2005.

DE FILIPPO, M. I. (1999) "La manifestación de voluntad por medios electrónicos. Soportes de los mensajes digitalizados. Atomización de la información", *La Ley,* 1999-B-1170.

ETCHEVERRY, R. A. e ILLESCAS ORTIZ, R. (dir.) (2010) *Comercio electrónico*. Buenos Aires, Hammurabi.

FARINA, J. M. (2008) *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed. Buenos Aires, Astrea.

FERNANDEZ DELPECH, H. (2014) *Manual de derecho informático*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P. (2001) "Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil", *La Ley*, cita online: AR/DOC/20480/2001.

LOVECE, G. (2009) "El derecho a la información de consumidores y usuarios como garantía de protección de sus intereses económicos y extraeconómicos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2009-1, pp. 449/483.

LORENZETTI, R. L. (2001) *Comercio electrónico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

—— (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

MENÉNDEZ MATO, J. C. (2005) *El contrato vía Internet*. Barcelona, J. M. Bosch Editor.

PARELLADA, C. A. (2011) "El comercio electrónico. Perspectiva desde el derecho de consumo", en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREIRA, R. A. (dir.) *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*. Buenos Aires, La Ley, pp. 413/456.

RUIZ MUÑOZ, M. (2010) "Tutela de los consumidores en el comercio electrónico", en ETCHEVERRY, R. A. e ILLESCAS ORTIZ, R. (dir.) *Comercio electrónico*. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 647/717.

STIGLITZ, R. S. (2014) "Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia", *La Ley*, cita online: AR/DOC/4736/2014.

TAMBUSSI, C. E., *Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio*, La Ley 22/05/2018, 2.

VALBUENA GONZÁLEZ, F. (2015) "La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial", *Revista de Estudios Europeos*, N° 66, enero-junio, pp. 52/74.

VALLESPINOS, C. G. y OSSOLA, F. A. (2010) *La obligación de informar en los contratos*. Buenos Aires, Hammurabi.

VATTIER FUENZALIDA, C. (2001) "Los contratos electrónicos en el Derecho Español", en AMEAL, O. J. (dir.) *Derecho privado*. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 699/722.

WAJNTRAUB, Javier H. (2000) "La contratación por medios electrónicos. A propósito de la nueva normativa española sobre firma electrónica", *Jurisprudencia Argentina*, 2000-II-921.

— — (2014) "La integración normativa del estatuto del consumidor", *Revista Derecho Privado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año III, N° 8, pp. 105/118.

AUTONOMÍA PROGRESIVA Y RESPONSABILIDAD PARENTAL: UNA MIRADA DESDE EL PRISMA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

Martina SALITURI AMEZCUA** y *Carolina* VIDETTA***

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 11 de octubre de 2018

"¿Cómo se convierten, pues, la libertad y la democracia no sólo en forma de gobierno, sino también en forma de vida?" (*ULTRICH, 1999*)

Resumen

La transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de democratización vivenciado en su interior han impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación, cada vez más respetuosa e igualitaria, de todos sus integrantes. Ello ha provocado una verdadera revolución en la última década, que se ve reflejada en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, el objetivo del presente trabajo no solo consiste en poder individualizar las expresiones de la autonomía de la voluntad en el actual ordenamiento jurídico argentino respecto de las personas menores de 18 años de edad, sino también en llevar a cabo un análisis de los posibles límites

---

* Este trabajo reconoce una primera base en una ponencia presentada por las autoras en el VIII Seminario Internacional de Estudios Jurídicos "El Derecho de familia: entre cambio y tradición", realizado en la Universidad de Salamanca, España, los días 20 y 21 de septiembre de 2018.

** Abogada UBA, Profesora Facultad de Derecho UNICEN, Doctoranda en Derecho UBA, Becaria doctoral CONICET, Coordinadora General del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Facultad de Derecho UNICEN. Correo electrónico: msaliturriamezcua@gmail.com.

*** Abogada UBA, Especialista en Derecho de Familia UBA, Profesora Facultad de Derecho UBA, Doctoranda en Derecho UBA, Becaria doctoral UBACyT. Correo electrónico: carolinavidetta@gmail.com.

de dicha autonomía de la voluntad en la relación entre progenitores e hijos/hijas. Es decir, se propone analizar las interacciones entre dos principios centrales: protección especial y autonomía progresiva.

Palabras clave

Autonomía progresiva – responsabilidad parental – progenitores adolescentes – Código Civil y Comercial de la Nación

PROGRESSIVE AUTONOMY AND PARENTAL RESPONSIBILITY IN LIGHT OF THE HUMAN RIGHTS OF GIRLS, BOYS AND ADOLESCENTS

Abstract

The transformation of families in contemporary argentine society and the process of democratization it is experiencing have triggered the redefinition of the relations of command and strengthened the increasingly respectful and egalitarian participation of all its members. This has caused a true revolution in the past decade, reflected on the Civil and Commercial Code. In this context the present paper aims to individualize expressions of freedom of choice in the current argentine legal system in respect to people under the age of 18, as well as carry out an analysis of possible limits to the freedom of choice in the relationship between parents and children. Namely, it sets out to analyze the interactions between two central principles: special protection and progressive autonomy.

Key words

Civil and Commercial Code – family Law – progressive autonomy– parental responsibility – children´s human rights – freedom of choice – special protection of children

I. Introducción

La transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de democratización vivenciado en su interior han impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación, cada vez más respetuosa e igualitaria, de todos sus integrantes. Ello ha provocado una verdadera revolución en la última década,

que se ve reflejada en la legislación. Así, el actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) ha podido seguir de cerca estas transformaciones y, asociado a la llamada constitucionalización y convencionalización del derecho civil,[1] incorpora los paradigmas que moldean la consideración actual de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) como sujetos de derechos con capacidad progresiva para su ejercicio.

El principio de la autonomía progresiva, que emana del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), caló hondo en todo el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional. En este punto nos preguntamos: ¿qué implica el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad? ¿A partir de qué edad un/a niño/a o adolescente está preparado para el ejercicio de sus derechos? ¿Todos los derechos requieren el mismo nivel de autonomía para su ejercicio? ¿Qué sucede en las edades más tempranas en las que no es claro si el/la niño/a o adolescente tiene suficiente juicio para tomar sus propias decisiones?

Estos interrogantes nos llevan a analizar las interacciones entre dos principios centrales: protección especial y autonomía progresiva. En este sentido, nos proponemos considerar qué problemáticas se presentan para la toma de decisiones autónomas, así como en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. En conjunción de ambas aristas, cabe adentrarnos en el terreno del derecho a la salud, especialmente respecto a las decisiones autónomas en el ámbito sanitario, en el que junto al derecho a la autodeterminación dentro del ámbito médico puede concurrir la libertad religiosa del/a niño/a o de los progenitores; o, incluso, cuando los progenitores pretenden tomar la decisión supliendo la voluntad del/a hijo/a. Sin carácter exhaustivo, cabe señalar los casos de los/as niños/as y adolescentes transexuales, donde se plantea si los mismos quedan equiparados a los adultos/as en cuanto a la posibilidad de solicitar el cambio de sexo y la rectificación registral. Otras hipótesis igualmente debatidas son los trasplantes de órganos y tejidos de personas menores de edad, la interrupción voluntaria del embarazo en niñas y adolescentes o las intervenciones médicas en que está en juego la vida o la salud de los niños/as y adolescentes (como los conocidos casos de las transfusiones sanguíneas).

Así, el objetivo del presente trabajo no solo consiste en individualizar las expresiones de la autonomía de la voluntad en el actual ordenamiento jurídico argentino respecto de las personas menores de 18 años de edad, sino también en llevar a cabo un análisis de los posibles límites de dicha autonomía de la voluntad en la relación entre progenitores e hijos/hijas. Es decir, debe buscarse un equilibrio razonable entre la necesaria intervención de los poderes públicos para la protección de ciertos intereses que forman

[1] Artículos 1 y 2 del CCCN.

parte del orden público constitucional y el respeto a la configuración de relaciones paterno/materno-filiales fundamentadas en los principios de libertad, igualdad y protección.

En dichas relaciones puede partirse, a veces, de una situación fáctica de vulnerabilidad o desigualdad de uno de los miembros de la familia de modo que la afirmación sin más de dicha autonomía puede generar ciertos abusos o determinados riesgos. De ahí que haya que buscar fórmulas en las que, sin caer en un paternalismo arbitrario, tengan en cuenta el derecho a la autodeterminación de NNyA pero también el derecho a la protección especial que tienen todas las personas menores de 18 años por encontrarse justamente en una etapa de crecimiento, inmadurez e inexperiencia.

II. Condición jurídica de niñas, niños y adolescentes. Autonomía progresiva y protección especial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), máximo Tribunal regional, ha entendido desde hace varios años en su Opinión Consultiva (en adelante, OC) n° 17/2002, sobre el estatus jurídico de NNyA, que "*…en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención [Americana]. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño*" (párr. 55).

De esta forma, el sistema jurídico reconoce a los NNyA lo que se llama un "plus de derechos", es decir, los derechos humanos que tienen todas las personas, más los que les corresponden por su calidad de personas menores de 18 años de edad, lo que en el sistema regional interamericano implica la categoría de "medidas de protección especial" por parte de las familias, la sociedad y el Estado, a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ello implica, entonces, una tríada de relaciones equilibradas entre: 1) los derechos de los NNyA, ejercidos a la luz del principio de autonomía progresiva, 2) las obligaciones de los progenitores, establecidas a través del instituto de la responsabilidad parental, y 3) la responsabilidad del Estado como garante último de los derechos humanos, que se enmarca en el paternalismo jurídico o justificado.

Esta tríada, complementaria y tensional, implica en materia de capacidad de ejercicio por parte de las personas menores de 18 años de edad que: habrá derechos que podrán ser ejercidos solo por los NNyA, otros, para los que se requerirá representación, asistencia o colaboración de sus progenitores u otras personas jurídicamente responsables, y, finalmente, otros casos en los que deberá ingresar la intervención justificada del Estado a

través de alguno de sus poderes, principalmente el judicial, tomando decisiones para la protección de los derechos humanos y garantías fundamentales de los NNyA. En este sentido, podemos preguntarnos: ¿qué derechos pueden ejercer por si solos los NNyA? ¿Es igual la situación de todos los NNyA o hay diferencias en cuanto a sus diversas edades y grados de madurez? ¿Cuándo se requiere la actuación de los representantes legales y con qué alcances? ¿En qué situaciones se justifica jurídicamente la intervención estatal y bajo qué modalidades? Pues bien, dentro del marco de los referidos estándares de derechos humanos, las respuestas específicas y pormenorizadas a estos interrogantes las encontraremos principalmente en las regulaciones internas de los Estados, sobre todo a través de la rama del Derecho de las Familias.

La CDN ha implicado una resignificación de las relaciones paterno/materno-filiales, sobre la idea de la democratización de las familias y de los vínculos entre adultos y niños/as, fundamentalmente a través de su artículo 5, que establece el deber y el derecho de los padres y madres de impartir a sus hijos/as, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño/a ejerza los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2012). Se trata del principio de autonomía progresiva, de jerarquía constitucional/convencional, que "*contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el/la niño/a en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales*" (Fernández, 2015: 651).

En este sentido, el principio de "autonomía progresiva" se ha ido consagrando paulatinamente en diversas normas, tanto a nivel internacional como nacional. La CDN hace referencia al mismo y a sus derivaciones o efectos de diferentes formas, a través de sus artículos 5, 12, 37, 40; así como también el Comité de Derechos del Niño al analizar pormenorizadamente el derecho a ser oído en su Observación General (en adelante, OG) n° 12/2009 y en su OG n° 20/2016 dedicada a los y las adolescentes. A nivel interamericano, cabe referir nuevamente a la OC n° 17/2002 de la Corte IDH y al fallo dictado por la misma en el caso "Atala Riffo vs. Chile", en el que también se profundiza en el derecho de las personas menores de 18 años de edad a ser oídas.

En el derecho nacional, la sanción del actual CCCN otorgó el marco fecundo para poder finalmente delinear un nuevo sistema de regulación de la capacidad de NNyA, dejando atrás el paradigma extremadamente paternalista que tanto normas internacionales de derechos humanos como leyes nacionales especiales[2] venían poniendo en crisis cada vez

[2] Numerosas leyes fueron introduciendo en sus regulaciones, relativas a temáticas específicas, las posibilidades de ejercicio de derechos de NNyA de acuerdo al principio de autonomía progresiva, como

con más fuerza. El primer gran logro del CCCN reside en diferenciar como categorías jurídicas, dentro del grupo de "personas menores de 18 años de edad", a los "niños y niñas" de los y las "adolescentes" (artículo 25 CCCN). En este sentido, receptó el criterio de la Corte IDH que ha dicho que dentro de todo el grupo de personas menores de dieciocho años de edad, hay gran variedad de situaciones en relación con el grado de desarrollo físico e intelectual, la experiencia y la información que poseen los distintos sujetos, "*la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en este dominio*" (Corte IDH, OC 17/2002, párr. 101).

El artículo 26 del CCCN regula la capacidad de ejercicio de los NNyA, sosteniendo que "*la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*", lo que implica la consagración del principio de protección especial, y que "*la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*", es decir el establecimiento del principio de autonomía progresiva.

En definitiva, el cruce entre sendos principios reconocidos por el artículo en análisis es de central importancia, por lo que entendemos que éstos deben interpretarse y aplicarse como complementarios y no antagónicos. Como dijimos, no es lo mismo un niño o niña de 3 años que un/a adolescente de 17, y anular completamente la autonomía de ir tomando decisiones de los NNyA —sustituyéndolos completamente en su voluntad— para, a partir de los 18 años, otorgarles plena capacidad, es una ficción fuertemente ortodoxa. Por lo tanto, reconocer esta autonomía progresiva y acompañarlos en este proceso hacia la mayoría de edad de forma gradual es, sin lugar a dudas, una forma de protección.

Al respecto, mucho se ha debatido acerca de cuál es la regla y cuál la excepción en la materia, respecto a la capacidad y la incapacidad de ejercicio. No obstante, compartimos la tesitura que considera que es "*probable que esta disyuntiva sea un resabio de aquel viejo binarismo del sistema derogado que no termina de superarse y no permite visualizar la esencia*

las siguientes: Ley 25.673 (2003) de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable y su Decreto reglamentario 1.282/2003 (art. 4), Ley 26.061 (2005) de Protección Integral de Derechos de NNyA (arts. 2, 3, 24, 27), Ley 26.150 (2006) de Programa Nacional de Educación Sexual Integral (art. 2), Ley 26.485 (2009) de Protección Integral a las Mujeres (arts. 24 y 28), Ley 26.529 (2009) de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud y su Decreto reglamentario 1089/2012 (art. 2), Ley 26.657 (2010) de Salud Mental (art. 26), Ley 26.743 (2012) de Identidad de Género (arts. 5 y 11) y Ley 26.774 (2012) de Ciudadanía Argentina (art. 1).

de la nueva dinámica: La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan 'edad y grado de madurez suficiente' para la toma de decisiones en el caso concreto" (Molina de Juan, 2016: 16).

En consecuencia, la diferencia con el anterior régimen es notable: se deja atrás la categoría de incapacidad de hecho absoluta que colocaba, en principio, a toda persona menor de 14 años de edad en una situación de anulación como sujeto de derecho activo (artículo 54, inc. 2, Código Civil derogado), receptándose los principios de derechos humanos en la actual regulación civil.

Ahora bien, la pregunta que surge entonces para este CCCN es: ¿cómo evaluar la autonomía? Este desafío ha sido enfrentado por el mismo CCCN recurriendo simultáneamente a dos criterios, conforme surge de la disposición precedentemente transcripta en el artículo 26. A saber, un criterio flexible que dependerá de cada niño/a o adolescente en particular, como lo es la alusión a la "madurez suficiente", y un criterio rígido comprobable matemáticamente que es la "edad". La conjunción de ambos parámetros exige de los operadores que deben interpretar y aplicar la norma la valoración de la condición individual de la persona para el supuesto de que se trate, o sea decisiones para "el caso a caso".

A priori, no podríamos establecer un catálogo pétreo, absoluto y de alcances generales sobre todos los derechos que podrían ejercerse y a partir de cuándo. No obstante esta complejidad de la realidad, el ordenamiento otorga algunas reglas generales y excepciones que emanan de los principios complementarios de autonomía y protección, brindando de esta forma cierta seguridad jurídica. Al respecto y, en primer lugar, cabe considerar la existencia de una presunción *iuris tantum* de autonomía para el ejercicio de derechos a partir de la adolescencia, así como la regulación específica de la capacidad de ejercicio para ciertos actos, como por ejemplo los que comprometen derechos personalísimos.

III. Responsabilidad parental: las relaciones entre progenitores e hijos/as

Emerge de los propios fundamentos del Anteproyecto del CCCN que la autonomía progresiva de NNyA ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres/madres sobre los hijos/as a la de responsabilidad. El ejercicio de la misma requiere tener en consideración con respecto al hijo/a la evolución de sus facultades, para brindarle la dirección y orientación apropiadas a fin de que ejerza los derechos que le son reconocidos (conf. artículo 5 CDN). De esta forma, podrá estar plenamente preparado/a para una vida independiente en sociedad y ser educado/a en el espíritu de los ideales proclamados en la

Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (preámbulo de la CDN).

El artículo 638 CCCN establece que la "*responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*". Jurisprudencia dictada con posterioridad a la entrada en vigencia del CCCN ha ahondado en esta conceptualización y sus efectos, sosteniéndose que "*[l]a responsabilidad parental ya no tiene que ser pensada con una visión de 'tutela' sino que su finalidad es la 'protección' del hijo para su desarrollo y formación integral como persona. Esto implica que el derecho a la autodeterminación de los padres y la libertad para ejercer sus derechos sin injerencias estatales encuentra su límite en los derechos del niño*".[3] Por lo que el Estado debe priorizar, en caso de conflicto, los derechos humanos y el interés superior del NNyA aun a costa del derecho de sus progenitores.

Así, entre los principios que rigen el instituto de la responsabilidad parental, el CCCN (artículo 639) enumera: a) el interés superior del niño/a; b) la autonomía progresiva del hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, puntualizándose que "*a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*"; y c) el derecho del niño/a a ser oído/a y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De esta forma, podemos observar el reconocimiento de una relación inversamente proporcional entre la autonomía progresiva y la figura de la representación. Mientras la primera va aumentando de acuerdo a la edad y grado de madurez de los hijos e hijas, la sustitución de su voluntad por parte de los progenitores para el ejercicio de sus derechos y deberes (objeto por excelencia de la representación) va cediendo. Ello ha dado lugar a la aparición de nuevas figuras dentro de este rol parental como la "asistencia" que, sin anular la voluntad de la persona menor de 18 años de edad, implica acompañarla en sus decisiones, partiendo de la idea de progresividad en el acceso a la autonomía y de protección como su complemento no antagónico.

[3] Juzgado de Familia n° 7 de Viedma, "Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (POD) s/ Medida de Protección de derechos", 30/11/2015.

IV. Autonomía progresiva y derecho al cuidado del propio cuerpo de las personas menores de edad

En su segunda parte, el referido artículo 26 del CCCN se explaya específicamente sobre la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes para los actos que involucran el cuidado del propio cuerpo, sobre la base de la noción de "competencia" en materia bioética. Dicha disposición establece la presunción *iuris tantum* de la capacidad de las y los adolescentes para el cuidado de su propio cuerpo, distinguiendo según se trate de adolescentes de entre 13 y 16 años, o mayor de 16 años, y también en función del tipo de tratamiento, invasivo o no invasivo.

Para el supuesto de adolescentes de entre 13 y 16 años frente a un acto invasivo, se requiere que la/el adolescente preste su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, mientras que en los casos que sean no invasivos basta con el consentimiento del/la adolescente. En el último párrafo del artículo, se contempla la situación de los/las adolescentes a partir de 16 años de edad, considerándolos como un adulto para las decisiones sobre su propio cuerpo.

Un dato no menor que tenemos que tener en cuenta al pensar en el cuidado del propio cuerpo de NNyA, es que se hallan en juego derechos esenciales reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, tales como: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, a la autonomía personal, a la intimidad y a la información. Además, al considerar que en esta temática nos encontramos dentro del campo de la bioética, el concepto tradicional de capacidad —civil— pierde peso y da lugar a otro concepto más acorde con los derechos humanos en juego como el de *competencia* (Minyersky, 2007) o de *mayoría médica anticipada para el acto médico*. ¿Qué se analiza a través de la competencia? La capacidad o aptitud del paciente —pediátrico— para: comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores.[4]

Ahora bien, la competencia bioética no es algo que se tenga o no se tenga, o que se adquiera de un momento a otro, sino que sienta sus bases en la relación y la confianza entre el paciente y el equipo de salud y en la relación con su familia (Minyersky, 2014). Por otra parte, dicha competencia debe ser valorada en el caso concreto y varía en función de la

[4] Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Villa Dolores, Córdoba, "C. J. A. y otra s/solicitan autorización", 21/09/2007, LLC 2007 —noviembre—, 1102.

madurez del NNyA y de la entidad de la actuación a la que sea sometido, es decir, la competencia bioética se evalúa en función de un sujeto determinado, frente a una situación determinada, y a un tratamiento determinado. A su vez, dependiendo del tipo de tratamiento médico de que se trate será el grado de competencia que se requiera, es decir, no es lo mismo tratar una amigdalitis que rechazar un tratamiento oncológico (Lamm, 2015).

Asimismo, la competencia está íntimamente relacionada con el derecho a la información, ya que es necesario que los NNyA puedan prestar el correspondiente consentimiento informado. Éste ha sido definido como "*una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención luego de haber recibido información suficiente al respecto*" (Wierzba, 2015).

Observamos que, estar dentro del campo de la bioética, obligó al legislador a echar mano a conceptos jurídicos indeterminados como son "tratamiento invasivo"/"tratamiento no invasivo". Ahora bien, ¿cómo debemos interpretar estos términos? Para traer luz sobre ellos, el Ministerio de Salud de la Nación emitió la Resolución n° 65/2015 de fecha 9 de diciembre de 2015 luego de llevarse a cabo una mesa de trabajo denominada "Nuevo Código Civil y Comercial. Lectura desde los Derechos Sexuales y Reproductivos", de la que participaron especialistas en la temática e integrantes de equipos de diversas áreas del Ministerio de Salud de la Nación.[5]

Entre los consensos logrados, dicha Resolución estableció que "*[e]l criterio de 'invasividad' utilizado por el artículo 26 CCCN debe leerse como tratamientos de 'gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud'. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado*". Al mismo tiempo se determinó que "*[l]a evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica*". A su vez, determinó que "*[e]l riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad*".

[5] Entre los especialistas se destacan: Nelly Miyersky, Eleonora Lamm, Marisa Herrera, Silvia E. Fernández, Paola Bergallo, Sonia Ariza Navarrete, Gustavo Gallo, Emiliano Litardo, Iñaki Regueiro de Giacomi, Mercedes Monjaime, Verónica González Bonet, entre otros.

Por lo tanto, la referida Resolución del Ministerio de Salud concluye que "*las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período comprendido entre los 13 y los 16 años, son aquellas en las que existe evidencia científica que muestre una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir*".

Finalmente, en relación a las prácticas de salud sexual y salud reproductiva, los/las especialistas han consensuado que aquellas prácticas en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos —DIU—) no son prácticas "invasivas que comprometan el estado de salud" en los términos del artículo 26 del CCCN. Por lo tanto, los y las adolescentes, pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo.

Cabe destacar que el artículo 26 del CCCN dispone que en caso de conflicto entre la opinión del/a adolescente y sus progenitores[6] debe resolverse teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

IV.A. Un supuesto especial: ejercicio del derecho a la identidad de género de NNyA

Argentina cuenta desde el año 2012 con la Ley nacional n° 26.743 de Identidad de Género, que reconoce y garantiza a *toda persona* el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada, según reza su artículo 1°.

Dicha ley parte del reconocimiento de la identidad de género como: "*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del*

[6] Respecto del término "*progenitores*" utilizado por el artículo 26 CCCN, la Resolución n° 65-2015 comentada dispone que no debe entenderse de forma restringida el concepto de progenitores, sino con un criterio amplio que incluya a personas que ejerzan roles de cuidado formal o informalmente. De esta manera, cualquier "allegado" (artículo 59 CCCN) o "referente afectivo" (artículo 7 Decreto n° 415/2006 reglamentario de la Ley Nacional 26.061) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos.

cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (conf. artículo 2).

En este sentido, es menester resaltar que se trata de una ley que reconoce la identidad de género como un derecho humano y, a su vez, representa un avance en la despatologización.

Ahora bien, en lo que respecta puntualmente al ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad, la mencionada ley contiene dos normas de directa aplicación, diferenciando según se trate de solicitar la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen (conf. artículo 5) o incluso el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida (conf. artículo 11). Esto implica, entonces, reconocer que los NNyA tienen derecho tanto a readecuar "sus papeles" a su identidad autopercibida como a tratamientos médicos para adecuar su cuerpo físico. Al respecto, resulta necesario indagar en torno a la manera en la cual ello debe realizarse. En el primer supuesto, la petición debe ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del niño/a o adolescente, quien a su vez debe contar con la asistencia del abogado del niño. Se trata de un procedimiento administrativo y solo para el caso en el que, por cualquier causa, los/as representantes legales del niño/a o adolescente se nieguen o sea imposible obtener su consentimiento, se podrá recurrir a la vía judicial para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan.

A su vez, corresponde preguntarse si existe algún límite etario para el ejercicio de este derecho. La respuesta negativa se impone, toda vez que los principios que rigen son el de la capacidad progresiva e interés superior del niño/a.[7]

Cabe señalar que la CORTE IDH, en su reciente OC n° 24/17 sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo,* ha dicho que "*como un ejemplo de una buena práctica con relación a este tema, el Tribunal no puede dejar de hacer mención a la Ley 26.743 de 23 de mayo de 2002 de Argentina 'sobre el derecho a la identidad de género de*

[7] Cabe mencionar el resonado caso "Lulú" por tratarse de la primera niña trans en el mundo que consiguió —sin acudir a la justicia— adecuar su documento de identidad de acuerdo a su identidad autopercibida. Para más información ver, entre otros: [http://www.revistaanfibia.com/cronica/nunca-es-el-cuerpo-equivocado/]; [https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-225462-2013-07-28.html]; [https://elpais.com/sociedad/2013/10/09/actualidad/1381350842_204659.html] consultados el 22/7/2018.

las personas' cuyo artículo 5 se refiere al trámite de rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de niñas y niños" (párr. 156).

Por otro lado, tratándose del segundo supuesto, es decir, que una persona menor de edad pretenda someterse a una intervención quirúrgica dirigida a la reasignación sexual, la protección especial aumenta dada la irreversibilidad de la decisión. En función de ello, la ley establece para estos supuestos, además de los requisitos del artículo 5, "*la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña*" (conf. artículo 11). Por lo tanto, para estos supuestos, sí se exige autorización judicial.

En este punto, corresponde preguntarnos: ¿cómo compatibilizamos entonces las normas de la ley especial n° 26.743 y el artículo 26 del CCCN? Ello en función de que colisionan dos reglas generales del derecho de fuerte raigambre sintetizadas en los aforismos tradicionales: ley posterior prima sobre ley anterior y ley especial sobre ley general. Al respecto, se concluye en la mencionada Resolución n° 65/2015 que: "*[d]ado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad auto-percibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro personæ y pro minoris implica preferir la aplicación del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA*".

V. La llamada "autonomía patrimonial progresiva"

Ahora bien, ¿qué sucede con la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes en las cuestiones patrimoniales? ¿Acaso lo patrimonial no se encuentra íntimamente relacionado con el pleno ejercicio de los derechos personalísimos? En esta instancia, reviste fundamental importancia tener en cuenta aquellos escenarios de vulnerabilidad socioeconómica y carencia de cuidados parentales o falta de referentes familiares y afectivos, que generan que los y las adolescentes necesiten mayores herramientas de autonomía. Se trata de dar lugar a la autonomía sin obviar la protección especial de sus derechos, puesto que el desafío consiste en lograr el adecuado equilibrio entre no anular al sujeto ni tampoco desprotegerlo.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 20, hace hincapié en el artículo 5 de la CDN al sostener "*que el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección. El abandono gradual de la protección de la familia u otro entorno de*

cuidado, junto con la relativa inexperiencia y la falta de poder, pueden exponer a los adolescentes a violaciones de sus derechos. El Comité destaca que promover la identificación de riesgos potenciales por parte de los adolescentes y elaborar y aplicar programas para mitigarlos aumentará la eficacia de la protección. Garantizarles el derecho a ser escuchados, impugnar las violaciones de sus derechos y obtener reparación permite a los adolescentes ir haciéndose cargo progresivamente de su propia protección" (párr. 19).

Focalizándonos entonces en lo que podríamos denominar "autonomía progresiva patrimonial", cabe reflexionar críticamente sobre la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes a la luz de nuestra jurisprudencia, sobre todo en contextos de vulnerabilidad socioeconómica. Así, al poco tiempo de entrar en vigencia el CCCN, se dictó un importante fallo el 3/9/2015 del Juzgado de Menores n° 1 de Corrientes, en autos "E.,V.E.S. s/ fuga",[8] a través del cual se dispuso *el cambio de titularidad* de la asignación universal por hijo que cobraba el progenitor para colocarla en cabeza de su hija adolescente, ya que ella no convivía con su padre, considerando el contexto riesgoso en que se encontraba la adolescente por su situación de vulnerabilidad. La sentencia expresó que, en respeto de su condición de persona capaz, los ingresos derivados del beneficio podían ser *válida y eficientemente administrados* por la adolescente en ejercicio de sus derechos, respetándose su capacidad progresiva, su edad y grado de madurez y la progresión de su autonomía personal. Se consideró que dicha solución era la más respetuosa de la personalidad de la adolescente y la que más se condecía con su interés superior y su consideración como sujeto de derechos.

En esta misma línea, otro fallo proveniente también de Corrientes, del Juzgado de Menores n° 2, de fecha 3/2/2016, en autos "C. D. P., s/ Víctima", autorizó a una adolescente de 17 años a cobrar por ventanilla de manera personal los fondos depositados en autos en concepto de cuota alimentaria por parte de su progenitor. Para así resolver se tuvo en cuenta que "*no ha sido posible encontrar dentro de la familia nuclear ni la familia extensa persona adulta que efectivamente asuma el cuidado personal de la adolescente de manera continua y responsable, que la misma se desempeñaría en el ámbito laboral como ama de casa y niñera siendo empleada por la familia (...) en cuyo domicilio se encontraría residiendo, habiendo manifestado que percibiría además por sus labores una compensación económica que ella misma administraría, teniendo en cuenta que de la historia de vida de D., del contacto personal que por parte de esta Judicatura se ha tomado en reiteradas oportunidades con ella y*

[8] Juzgado de Menores n 1 de Corrientes, "E.,V. E. S. s/ fuga", 03/09/2015, DFyP 2015 (diciembre) , 132, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); LLLitoral 2016 (marzo), 178, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); Cita Online: AR/JUR/28988/2015.

de las constancias de autos puede observarse claramente que la misma se desenvuelve en la cotidianeidad como persona adulta, presentando ella un alto grado de madurez".

Finalmente, cabe mencionar un fallo del Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, de fecha 27/10/2016, en autos "U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar",[9] en el que se trató de una progenitora adolescente de 15 años de edad que se encontraba desde su embarazo conviviendo con su pareja (padre del bebé) en la casa de los padres de éste. La adolescente solicitó la percepción de la asignación universal por sí y por su hijo, que hasta el momento venía percibiendo su madre en carácter de representante legal, sin que la joven conviviera con ella y sin hacerle entrega del dinero correspondiente. Al tener en cuenta la capacidad progresiva de la joven P., se resolvió del siguiente modo: "*la joven P. cuenta con un grado de madurez suficiente para realizar por sí los actos que implican la percepción y la administración de las prestaciones que le corresponden por sí y por su hijo. Y es en tal oportunidad en que la representación legal prevista para esos actos concretos cede ante la autonomía de la adolescente. Circunstancias que no pueden soslayarse en tanto y en cuanto determinan en esta instancia, que resulta ser el mejor interés de la joven y su hijo*". Sin embargo, dado que autonomía y protección no son antagónicas, el *a quo* sostuvo que "*la historia vital y la situación familiar permiten pensar en que P. presenta un alto grado de vulnerabilidad, y sugieren la orientación, apoyo y seguimiento del Servicio de Protección de Derechos para fortalecer el rol materno, propiciar la inclusión laboral y la resolución del aspecto habitacional. Consideran pertinente que se haga lugar al requerimiento impulsado por la Asesoría de Familia en tanto la joven puede administrar su dinero y resulta indispensable para su subsistencia y la de su hijo*".

A esta altura, no cabe duda respecto a que la autonomía progresiva no solo se relaciona con la edad y el grado de madurez, sino también con las circunstancias particulares de cada joven y las consecuencias que de su capacidad patrimonial se generen. No hay que olvidar que en este ámbito se pueden encontrar involucrados derechos o intereses de terceras personas, como puede ser en el caso de los contratos. Si bien el análisis que merece el tema excede el marco del presente, sin lugar a dudas nos vemos obligadas a tenerlo en cuenta, dado el impacto innegable de este principio transversal en todo el ordenamiento jurídico si de personas menores de 18 años se trata.

[9] Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, "U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar", 27/10/2016, consultado en [www.colectivoderechofamilia.com] el 22/10/2018.

VI. Progenitores adolescentes: ¿cómo ejercer la responsabilidad parental?

Afirmar que el principio de autonomía progresiva caló hondo en el ordenamiento jurídico nacional, tiene su absoluto correlato en reconocer capacidad de ejerecer la funcion social de la responsabilidad parental en cabeza de los y las adolescentes, conforme establece el artículo 644 del CCCN.

Claro está que el hecho de traer un hijo/a al mundo, por sí solo, no otorga plena capacidad, por lo tanto el CCCN —por fuerza de la realidad— prevé las figuras de apoyos, acompañamiento, guía, orientación para el ejercicio de la responsabilidad parental de los y las adolescentes en cabeza de los y las abuelos/as.

Ello implica reconocer que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos/as tomando decisiones y realizando por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Sin embargo, las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente —abuelos/as— que tenga un/a hijo/a bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que puedan resultar perjudiciales para el/la niño/a pudiendo también intervenir cuando el/la progenitor/a adolescente omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El artículo en comentario prevé, expresamente, que "*el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos*".

Lo contrario implicaría, no solo ir en contra de los derechos de los progenitores adolecentes, sino también respecto de los derechos del/de la hijo/a que tiene derecho a ser criado/a y educado/a por sus progenitores y, fundamentalmente, del derecho a la identidad. El sistema de apoyos resulta fundamental en este punto, ya que el hecho de reconocer que los progenitores adolescentes tienen autonomía no implica dejar de tener en cuenta que ellos también se encuentran en pleno desarrollo, y que lo contrario sería desprotegerlos absolutamente. Una vez más, se observa cómo los conceptos de autonomía y protección no son antagónicos, sino complementarios y necesarios.

Finalmente, el CCCN dispone que, en caso de conflicto entre los progenitores y los/as abuelos/as, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. Además, establece que la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen, es decir que el mismo se mantendrá hasta que ambos alcancen la mayoría de

edad, a fin de no generar desequilibrio en el vínculo paterno/materno-filial (conf. art. 644 citado).

VII. Cierre a modo de conclusión

Es sabido que el Derecho no es una ciencia exacta y mucho menos lo son aquellas ramas del Derecho directamente comprometidas con el dinamismo y el movimiento constante y sonante de la realidad social, en particular, las relaciones de familia y aquellas que involucran los derechos humanos de NNyA.

En este sentido, el reconocimiento de la autonomía progresiva de NNyA constituye un avance muy importante en la consagración de sus derechos. Sin embargo, la responsabilidad del Estado como garante último de los derechos humanos, no termina allí, sino que, al reconocimiento mencionado se le debe sumar el ejercicio concreto de los derechos en el día a día por parte de los NNyA y ello, en un marco de complementariedad con el principio de protección. En definitiva, esto no se logra sino a través de una política pública que acompañe a las personas menores de edad y a los miembros de sus familias, para que puedan ejercer sus derechos desde un lugar de conocimiento de los mismos.

Bibliografía

Comité de los Derechos del Niño (2009) *Observación General no. 12* sobre El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).

— — (2016) *Observación General no. 20* sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) Opinión Consultiva OC-17/02 sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño,* consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf] el 22/09/2018.

— — (2017) Opinión Consultiva OC-24/17 sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo,* consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf] el 22/09/2018.

FERNÁNDEZ, S. (2015) "Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes", en Fernández, S. (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GIL DOMÍNGUEZ, A., Famá, M. V. y HERRERA, M. (2012) *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediar.

Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, "U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar", 27/10/2016, consultado en [www.colectivoderechofamilia.com] el 22/09/2018.

Juzgado de Familia n° 7 de Viedma, "Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (POD) s/ Medida de Protección de derechos", 30/11/15.

Juzgado de Menores n° 1 de Corrientes, "E.,V. E. S. s/ fuga", 03/09/2015, DFyP 2015 (diciembre) , 132, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); LLLitoral 2016 (marzo), 178, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); Cita Online: AR/JUR/28988/2015.

Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Villa Dolores, Córdoba, "C. J. A. y otra s/solicitan autorización", 21/09/2007, LLC 2007 —noviembre—, 1102.

LAMM, E. (2015) "El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad", en FERNÁNDEZ S. (dir.) *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MOLINA DE JUAN, M. (2016) "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino", R*evista Actualidad jurídica Iberoamericana,* Número 4-3, pp.15-33.

MINYERSKY, N. (2007) "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención de los Derechos del Niño", en Grosman, C. (dir.) – Herrera, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Buenos Aires.

— — (2014), "Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo", *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, n° 43, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 131-169.

WIERZBA, S. M. (2015), "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista En Letra* - año II, número 4, tomo I *Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, consultado en [http://www.fmed.uba.ar/depto/medlegnew/cod1.pdf] el 22/09/2018.

ULTRICH, B. (1999), *Hijos de la libertad,* México, Fondo de Cultura Económica.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

La Revista EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de trabajos de diversos tipos, con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista.

El material remitido deberá ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas para cada tipo textual.

Pautas generales para la presentación de artículos

Los artículos podrán ser enviados por cualquier miembro de la comunidad académica, en cualquier tiempo. Su publicación será considerada para el número inmediato posterior de la Revista o bien para la edición subsiguiente, de acuerdo a la fecha de cierre de cada convocatoria semestral y a los plazos editoriales de cada edición.

Pautas sustanciales

La premisa fundamental de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL consiste en promover el debate académico acerca de materias actuales de interés general, enmarcadas en dichas ramas del Derecho. Las pautas sustanciales para la presentación de artículos son las siguientes:

a. **Carácter inédito del texto**. No debe estar publicado, al momento de su envío y mientras dure el procedimiento de evaluación, total o parcialmente, en soporte físico ni digital alguno, incluyendo, sin limitación: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas y/o digitales, suplementos web, *blogs* y sitios de Internet en general.

b. **Actualidad, originalidad, relevancia y pertinencia temática**. Se pretende el análisis original de temáticas relevantes y actuales, y si bien se alienta el enfoque interdisciplinario, el trabajo debe estar enmarcado dentro del Derecho Civil o del Derecho Comercial.

c. **Sistematicidad y rigor académico**. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo.

A su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

Pautas formales

Los artículos deben remitirse en soporte digital únicamente, por correo electrónico a la casilla editorial@enletracyc.com. Dentro de las 48 horas hábiles se contestará con un acuse de recibo. Asimismo, deben estar redactados en español o en inglés, en Microsoft Word 2003 o posterior, fuente "Times New Roman", tamaño 12 puntos, interlineado de 1,15.

Recibido el original, se procederá a evaluar su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo al procedimiento establecido en la sección Procedimiento de Evaluación. En todo caso, se podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

La extensión aproximada del trabajo, incluyendo citas en el cuerpo del texto, notas al pie de página y bibliografía, debe ser de 5.000 a 10.000 palabras.

Cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto que el/los autor/es deseara/n incluir en su trabajo, será publicado en una nota al pie del título del artículo.

A continuación del título, el/los autor/es deberá/n consignar su nombre completo y, en nota al pie de éste, los siguientes datos: título/s de grado y posgrado obtenidos; cargos en docencia e/o investigación, si los tuviere; y universidad a la que pertenece. Podrá adicionarse a la información anterior, una breve reseña de hasta 200 palabras con otros antecedentes curriculares.

A continuación del título del artículo, debe incluirse un breve resumen del trabajo (100 a 200 palabras aproximadamente) como así las voces o palabras clave (entre 3 y 10 aproximadamente).

Las notas al pie de página, que deben redactarse en fuente "Times New Roman", en tamaño 10 puntos e interlineado simple, se incluirán en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Se solicita su utilización exclusivamente para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios.

Para las referencias bibliográficas, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL utiliza un sistema de estilo anglosajón. Así, corresponde omitir la referencia en nota al pie y consignar únicamente el apellido del autor (en versales) y el año de la publicación entre paréntesis en el cuerpo mismo del texto.

Ejemplos:

... [idea referida] (RIVERA, 1995).
Según RIVERA (1995), [idea referida]

Si la cita fuera una reproducción textual, deberá indicarse entre comillas y señalar además el/los número/s de página correspondiente/s.

Ejemplos:

... [texto citado entre comillas] (RIVERA, 1995: 55-6).
Según RIVERA (1995: 55-6), [texto citado entre comillas]
Según RIVERA (1995), [texto citado entre comillas] (pp. 55-6)

En ambos casos, de citarse más de una obra del mismo autor y del mismo año, se consignará sucesivamente una letra del alfabeto detrás del año: p. ej. RIVERA (1995a), RIVERA (1995b), RIVERA (1995c), etc.; o (RIVERA, 1995a: 55-6), (RIVERA, 1995b: 225-9), (RIVERA, 1995c: 3), etc.

Sin perjuicio de su mención en el cuerpo del texto, en las partes que corresponda, las referencias bibliográficas deben consignarse completas al final del artículo, de la siguiente manera:

a. Libros. Apellido (en versales), inicial del primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial.

De existir director/es, coordinador/es, compilador/es o editor/es que figuren en primer lugar en la obra, debe aclarárselo con la abreviatura correspondiente.

Si hubiese cuatro o más coautores, codirectores, etcétera, en pie de igualdad, puede consignarse el apellido y la inicial del/de los nombre/s del que aparezca primero, seguido de la fórmula "y otros" o "*et al.*". Se ruega no consignar ""AA.VV.", "VV.AA." o similares, excepto que la obra sea plenamente colectiva, sin que figure en primer lugar un coautor, director, coordinador, etcétera.

Ejemplo: AREÁN, B. (2003) *Derechos Reales*. Buenos Aires, Hammurabi.

Ejemplo: CALVO COSTA, C. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio.* Buenos Aires, La Ley.

b. Capítulos de libros. Apellido del autor del capítulo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del capítulo (entre comillas), "en", apellido del primer autor, director, coordinador, editor o compilador del libro (en versales), inicial de su primer nombre, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el capítulo completo del libro en la obra.

Ejemplo: CIRUZZI, M. *et al.* (2014) "Estudio descriptivo de la opinión de miembros de la Justicia Nacional en lo Penal y Civil (Familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría", en AIZENBERG, M. (dir.) *Estudios acerca del Derecho de la Salud*. Buenos Aires, La Ley – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 321-372.

c. Artículos publicados en revistas. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en itálicas), número/año/volumen/tomo de la revista, ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el artículo completo en la revista.

Ejemplo: SCOTTI, L. (2014) "La 'maternidad subrogada' en la legislación y jurisprudencia argentinas", *Revista En Letra*, año 1, n° 1, pp. 47-78.

d. Artículos publicados en Internet. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, título del artículo (entre comillas), "consultado en", dirección del vínculo entre corchetes, "el", fecha de consulta.

Ejemplo: DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015) "¿Cuándo un sitio de Internet es un servicio de comunicación audiovisual? Reflexiones de Derecho europeo y español", consultado en [http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.ar/2015/11/cuando-un-sitio-de-internet-es-un.html] el 30/12/2015.

De corresponder, la dirección del vínculo entre corchetes y la fecha de consulta pueden reemplazarse por la "cita online" que ofrezca el medio de publicación.

Ejemplo: HERNÁNDEZ, L. (2014) "El asentimiento conyugal en el régimen actual y en la reforma proyectada", *La Ley*, cita online: AR/DOC/1434/2014.

Pautas generales para la presentación de réplicas y dúplicas

Con el objeto de realizar la premisa fundamental de promover el debate académico acerca de temas actuales y de interés en las ramas del Derecho que promueve la revista, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL publicará réplicas de cualquier miembro de la comunidad académica a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista.

La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata subsiguiente. Con la publicación de esta última se agotará el diálogo entre las obras en cuestión.

Las pautas sustanciales y formales para la remisión de réplicas y dúplicas son las mismas que para el envío de artículos, con el único agregado de que el objeto de la réplica debe inscribirse en la temática tratada por el artículo antecedente; y el de la dúplica, en la de aquél y en los aspectos abordados en la réplica.

Pautas generales para la presentación de investigaciones

El objetivo de la sección "Investigaciones" es el de fortalecer la construcción colectiva del conocimiento y establecer un espacio específico para la difusión de propuestas, avances y/o principales resultados de investigaciones académicas individuales o grupales.

En consecuencia, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL considerará para su publicación en esta sección de la Revista aquellos trabajos de investigadores (estudiantes o graduados) que se ajusten a las pautas sustanciales y formales para la remisión de artículos, y que además: (i) se basen en resultados de una investigación individual o colectiva (p. ej. informes de avance o final de becarios de investigación y/o de grupos de investigación); (ii) dicha labor de investigación haya sido acreditada (y en su caso, financiada) por una entidad académica o científica relevante (universidades públicas o privadas, centros de estudios u ONGs ampliamente reconocidos, el CONICET, etc.).

Acerca de la presentación de Columnas ELCyC y textos para otras secciones

Algunas de las ediciones de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL podrán comenzar con "Columnas EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL": se trata de trabajos de opinión calificada, más breves que los

artículos y reservados a autores de marcada trayectoria académica y/o al abordaje de temas que el Consejo Editorial tenga especial interés en tratar en cada edición. Del mismo modo, el cuerpo de editores podrá disponer, en una o más ediciones, la publicación de material en secciones diversas a las contempladas precedentemente.

En cualquier caso, la publicación de "Columnas" y la de textos que conformen otras secciones de la Revista procederán exclusivamente por invitación, o previa aprobación liminar, del Consejo Editorial. Quienes estuvieran interesados en participar de un número subsiguiente de En Letra Civil y Comercial a través de la publicación de una "Columna" o de otro tipo textual podrán contactarse al efecto a direccion@enletracyc.com, con carácter previo a la remisión del material.

Las pautas sustanciales y materiales para el envío de este tipo de trabajos serán indicadas a los autores en cada caso concreto.

Cesión de derechos de autor y asunción de responsabilidad

El envío de material a En Letra Civil y Comercial con fines a su publicación en la Revista supone: (i) el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es; (ii) la declaración formal de que dicho material es inédito (carácter que debe existir no solo al momento del envío sino también durante el procedimiento de evaluación y posterior publicación), original y de su autoría; (iii) la cesión irrevocable al Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales de los derechos de autor sobre el artículo y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del trabajo académico pudiera causar a En Letra Civil y Comercial, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de comunicar la aprobación del trabajo y previo a su publicación, se requerirá de cada autor el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

Procedimiento de evaluación

Recibido el material en soporte digital, el Consejo Editorial realizará un dictamen preliminar del texto recibido con base en su adecuación a las pautas de publicación de En Letra Civil y Comercial. De no ser favorable, requerirá a su autor el ajuste del trabajo en cuestión, con carácter previo a la continuación del procedimiento de evaluación.

Superada esta etapa, el material será sometido a un proceso de referato en el que intervendrán 2 (dos) árbitros externos al Consejo Editorial. Los evaluadores serán miembros del Comité Evaluador Externo, u otros integrantes de la comunidad académica

versados en la materia objeto del texto, a quienes el Consejo Editorial convoque como árbitros *ad hoc*. A su vez, el referato se basa en una modalidad de doble ciego, el cual preserva el anonimato del autor frente a los evaluadores, y viceversa. A tal efecto, con anterioridad a su remisión a los árbitros, el Consejo Editorial removerá del cuerpo del trabajo aquellos datos personales que pudieran permitir a los evaluadores conocer la identidad del autor; y al remitir los dictámenes individuales al autor, se eliminarán de aquéllos los datos personales de los evaluadores.

Cada evaluador emitirá un dictamen sobre los aspectos sustanciales de la obra, recomendando la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su aprobación a la realización de modificaciones por el autor. En cualquier supuesto, los dictámenes individuales emitidos por cada árbitro serán remitidos al autor.

La notificación al autor acerca de la aprobación o rechazo de la publicación de su artículo, o bien la sujeción de aquélla a la realización de determinadas modificaciones, tendrá lugar dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días corridos a partir del acuse de recibo del original. Los autores recibirán una copia de cada dictamen emitido por los evaluadores, y un detalle de las modificaciones y/o correcciones formales y/o sustanciales que se requieran para su publicación, en caso de corresponder.

EN LETRA

DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL