

Resumen Derecho Civil – Segundo cuatrimestre 2021

Video 1: Derecho Civil – Introducción – Parte general.

Derecho. Definición.

La palabra **derecho** tiene un origen etimológico nominal que proviene del **latín** cuyo significado es **directus**. Históricamente, la palabra derecho está asociada a una voz latina *ius* y a una voz griega *to dikaion*, que hacían referencia a una idea de lo **justo**, entendido como el objeto de la justicia.

A lo largo de la historia, desde un punto de vista **lógico-conceptual**, la palabra derecho se identifica con la misma noción de la **cosa justa**. En este sentido, se establece una relación real de igualdad que vincula a personas, cosas y comunidades según un criterio de bien común. Es decir, siempre que se habla de **derecho**, se habla de la virtud de la Justicia y de la vinculación de las personas con las cosas, entre sí y, en un contexto de comunidad, siguiendo un criterio de bien común.

Al tomar esta construcción del **derecho vinculado** a la **justicia**, se establece una opción metodológica que se aparte de otras **concepciones** que reducen el fenómeno jurídico al texto de la **ley escrita** (como el positivismo), o una **pura forma** (sólo lo procedimental, sin tener un contenido positivo). También se aparta de **concepciones sociológicas** que envuelven al derecho en un entramado de redes personales que no aseguran su vinculación con un ideal de justicia, como si el derecho se tratase de una percepción de lo que la mayoría desea.

Con todo esto, distintos **autores** han definido al **derecho**:

- El derecho es un orden social justo (Renard). Se trata de una necesidad de que haya un orden. En la convivencia (alteridad) se presenta el ambiente para la consecución de un orden que, para que se diga derecho, debe ser justo.
La Justicia implicará, en este contexto, la proporción entre las exigencias de la persona humana y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias en vista de la consecución de los fines humanos.

Dos grandes principios se encuentran como estructurantes de esta perspectiva sobre la concepción del derecho:

- La **dignidad** de la **persona humana**. La dignidad, en este sentido, es tomada como esa **excelencia** en el ser, un **valor inherente e inviolable**, un **respeto** de cada persona por su preminencia. El sujeto del derecho es la persona humana y en torno a éste se constituye el fenómeno jurídico.
- El **bien común político**, entendido a éste como un bien que surge del conjunto de condiciones que permiten que las personas logren sus propios fines y participen de ellos.

Derecho Objetivo, Subjetivo y Normativo.

Derecho objetivo

El **derecho objetivo** es entendido como la **misma cosa justa**, como el objeto de la justicia. El concepto de derecho objetivo se asocia, en este contexto, con la idea de orden social justo.

Se entiende al derecho como objeto de conocimiento y entonces nuestro entendimiento lo capta como "el ordenamiento social justo". Éste es el concepto de "derecho" en sentido objetivo, como regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige, es equitativo para todos, que no distingue a los individuos a quién se aplica ni por raza, religión o nacionalidad, se aplica a todos por igual. (Artículo 16 de la CN – Principio de igualdad).

Derecho subjetivo

El **derecho subjetivo** es aquella prerrogativa o facultad que tiene un particular, cualquier miembro de la sociedad, para exigirle a otro particular, u otros, el cumplimiento de una determinada conducta, la aptitud para actuar o abstenerse una acción.

Teorías sobre la noción de derecho subjetivo

Teorías clásicas

- **Suárez** (1548-1617) entendía al derecho subjetivo como una **facultad moral** (género próximo) con un objeto delimitado a lo propio de su titular (diferencia específica).
- **Savigny** (1779-1681) se refería a un poder atribuido a la voluntad. Con este concepto sobrevienen ciertas críticas al respeto ya que se trata de un derecho extremadamente individualista, enfatizando la voluntad como un elemento esencial en el ejercicio de un derecho subjetivo pero no así un goce del mismo y, además, que no se establece ningún límite para el ejercicio abusivo o arbitrario.
- **Ihering** (1818-1892) entiende al derecho subjetivo como intereses jurídicamente protegidos, tratándose de una seguridad en el goce. La crítica a esta concepción radica en que el goce en abstracto no puede concretarse en ausencia de una voluntad de ejercerlo.

Teorías negatorias de los derechos subjetivos

Dos principales vertientes

- **Colectivista: Duguit** (1859-1928) señala que “el hombre no tiene derechos, pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea para ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados”. El hombre “no tiene derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social”.
- **Positivista: Kelsen** (1881-1973) enfatiza que la noción de derecho es superflua porque en realidad lo que importa es el derecho normativo que establece las obligaciones jurídicas. En este sentido, el derecho subjetivo es la contracara de la obligación jurídica. “Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua”.

Teorías eclécticas de los derechos subjetivos

Toman como punto de partida las teorías clásicas e intentan sintetizar sus elementos en la definición. En este sentido, ambas posiciones no son excluyentes sino comparativas. El derecho subjetivo es, entonces, la prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos.

- **Finnis** (1940-...) definirá al derecho subjetivo como “una exigencia del principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla derivada de ella, [que] que otorga a A, y a todos y cada uno de los miembros de la clase a que pertenece A, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta sobre B (incluyendo, entre las partes, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con el disfrute por A de alguna forma de bien), o de (ii) la capacidad de conseguir que B esté sujeto a tal exigencia, o de (iii) la inmunidad frente a ser sometidos por B a tal exigencia.”.

Derecho normativo

El **derecho normativo** son las **normas** que resultan de la **ley positiva**.

Derecho objetivo	Derecho subjetivo	Derecho normativo
Cosa justa	Facultad o prerrogativa de exigir a otros determinados comportamientos	Las normas que resultan de la ley positiva, la cual habitualmente se refiere al conjunto de normas que rigen sobre un determinado territorio.

Relaciones jurídicas

La **relación jurídica** es el **vínculo interpersonal**, en el marco del derecho privado, regulado por el derecho positivo, que tiene la característica de ser **dinámico** y **variable** que las partes pueden ejecutar modificaciones respecto a la concatenación de relaciones que tienen entre ellos.

Ejemplo: Los contratos, las indemnizaciones por daños y perjuicios donde se firma un acuerdo para reparar el daño de una a de las partes.

Se trata de un vínculo correlativo entre dos o más sujetos, con un objeto determinado y fundamentado en el derecho.

Elementos de las relaciones jurídicas

- **Elemento personal: Sujetos.** Se trata de personas tanto físicas (personas humanas capaces) como personas jurídicas (públicas y privadas).
 - **Sujeto activo:** es el **titular** del derecho subjetivo
 - **Sujeto pasivo:** es a quien le corresponde el **deber** correlativo, quien contrae la obligación
- **Elemento real: Objeto:** Es la conducta que debe realizar el sujeto pasivo en favor del sujeto activo que implica una obligación de dar, de hacer o de no hacer para el caso de las relaciones jurídicas.
- **Elemento normativo: Causa:** Es el hecho que dio origen a la situación o relación jurídica.

En toda relación jurídica, **derecho** y **deber** son **correlativos**: el derecho es la **prerrogativa** o **facultad** que tiene el sujeto activo y el **deber** es la obligación que asume el deudor.

Divisiones del derecho. Derecho Natural y Derecho Positivo. Derecho Público y Privado.

Derecho natural y positivo

El **derecho natural** son principios fundamentales que corresponden a la naturaleza humana, que el ser humano puede conocer a través de la recta razón y corresponden inclinaciones fundamentales del ser que se derivan, en definitiva, de los fines a los que perciba las inclinaciones fundamentales de un ser humano.

Ejemplo: Inclinación a conservar su vida, inclinación a transmitir la vida, inclinación a buscar el bien según la naturaleza racional y organizar la vida conforme a una búsqueda del bien.

Se entiende por **derecho positivo** al derecho objetivo vigente. Es decir, el conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad pública, ya que si no cumplen con las normas aplicadas en el derecho positivo van a recibir una sanción como consecuencia de la vigencia de esas normas. No pasaría así, por ejemplo, con el incumplimiento de una norma del Código de Vélez porque ya está derogado.

Derecho privado y público

Dentro del **derecho positivo**, surgen dos ramas: el **derecho privado** y el **derecho público**

La más amplia clasificación, que remonta al derecho romano, opone el **derecho privado** al **derecho público**. Para los romanos, la distinción se basa en el interés protegido por el derecho: el **derecho público** se refería al **Estado** y a la **cosa pública** –o romana– en tanto que el **derecho privado** tomaba en cuenta lo pertinente a la **utilidad** de los **particulares**.

Según la primera opinión lo típico del **derecho público** sería referirse a las **relaciones de subordinación**, mientras el **derecho privado** organiza la **coordinación** de sujetos ubicados en situación de **paridad**.

Derecho público

El Derecho público puede considerarse como la parte del ordenamiento jurídico que intenta regular las relaciones que surjan entre las personas y las entidades privadas con los órganos del poder público cuando estos últimos actúan con sus facultades legítimas y potestad públicas, dependiendo del procedimiento legal y de los órganos de la Administración pública que interactúen.

La principal característica del Derecho público, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, son mandatos irrenunciables y obligatorios, en virtud de ser creados a partir de una relación de subordinación por parte del Estado. La justificación para la existencia del derecho público es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por todas las personas sujetas a un estado de derecho.

Ramas del derecho público

- **Derecho Constitucional**
- **Derecho Administrativo**
- **Derecho Penal**
- **Derecho Internacional Público**

Derecho privado

El Derecho privado es la rama del Derecho que regula las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones que surjan entre particulares y el Estado cuando éste último actúe como un particular, sin ejercer ningún tipo de potestad pública.

El Derecho privado suele estar en contraposición al Derecho público, que es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de los poderes públicos entre sí.

Ramas del derecho privado

- **Derecho Civil**
- **Derecho Comercial**
- **Derecho del Trabajo**

Derecho Civil. Definición.

El **derecho civil** es la **rama madre** del **derecho privado**. Se ocupa del hombre como sujeto de derecho, sin distinción de cualidades accidentales y de las relaciones jurídicas patrimoniales que los tienen como sujeto regulando las instituciones básicas y sirviendo, por lo tanto, como punto de conexión con las demás ramas el derecho privado.

La palabra "civil" con que se define esta rama del derecho, proviene del latín "civile". En Roma se distinguía el "jus naturale" que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad y el "jus civile" que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad o "polis" en griego, era noción equivalente a lo que hoy denominamos "Estado", con lo cual el "derecho civil" se refería al derecho vigente en Roma y comprendía normas de derecho público y privado. Con la invasión de los germanos y la caída del Imperio Romano de Occidente, los invasores introdujeron sus propias leyes referentes a la organización de las nuevas naciones. Por ello las normas de derecho público incluidas en el "jus civile" perdieron vigencia siendo sustituidas por las nuevas introducidas por los germanos y quedando reservada la denominación de aquél para las normas de derecho privado que, seguían subsistentes. Desde entonces, en un sentido lato, se identifica el derecho civil con el derecho privado.

Video 2: La codificación – Del Código de Vélez al Código Civil y Comercial

La codificación

La codificación es un fenómeno constante de la evolución jurídica que consiste en la reunión **orgánica** de todas las **normas vigentes** en un país en un **cuerpo único**. Cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad cada vez se hace más dificultoso saber cuál es la norma que ha de aplicarse en un caso dado, dentro de las múltiples y a veces contradictorias disposiciones que en el curso del tiempo se han ido sumando a las costumbres. De ahí la necesidad de poner claridad en el asunto, reuniendo en un cuerpo de leyes único todas las disposiciones existentes, en forma sistemática, y eliminando las que han caído.

Los códigos

Los códigos constituyen la más evolucionada muestra del proceso general de la codificación. Son expresiones únicas, orgánicas y exclusivas del material jurídico en vigor concerniente a una rama del derecho. Lo esencial del Código radica en que sus disposiciones tienen fuerza de ley por razón de su inclusión en el texto que en su conjunto ha sido dotado de vigor legal por una sanción única de la autoridad legislativa.

Las **características** de los códigos son: a) **unidad**; b) **exclusividad**; c) **sistematicidad**

- a) La **unidad** indica que el código unifica en su contenido las reglas concernientes a una determinada rama del derecho. Así en nuestro país la Constitución manda que sean unificadas de ese modo, es decir en un texto o cuerpo único, las leyes civiles, penales, comerciales, laborales y de minería, sin que esta mención impida la sanción de otros códigos relativos a materias legislativas correspondientes al Congreso Nacional.
- b) La **exclusividad** de un código significa que al tiempo de su sanción ha de contener todas las reglas jurídicas existentes sobre la materia a que se refiere, para lo cual conviene que se disponga la derogación de todas las disposiciones acerca de la misma rama del derecho que han estado en vigor hasta entonces. El precepto transcrito sólo revela una verdad jurídica con relación al tiempo de la sanción. O sea que todo lo que en ese momento tenía valor jurídico lo perdió si no quedó trasvasado al Código.
- c) La **sistematización** constituye la nota científica de los códigos. Pues la materia de qué trata, en forma única y con exclusión de toda otra ley anterior, está presentada en el código de un modo orgánico, conforme a un método que asigna a cada institución su lugar adecuado, y que facilita a quienquiera, suficientemente ilustrado, el conocimiento del principio aplicable en cada caso.

De ahí la importancia que tiene el método en los códigos, que conduce a la adopción de normas generales y luego a la consideración de instituciones particulares sólo a través de reglas que importan modificación de aquellas normas generales, las cuales por su mismo carácter rigen por fuerza de su generalidad sin necesitar que se esté renovando su aplicabilidad con relación a cada institución particular.

Ventajas e inconvenientes de la codificación

Ventajas

- Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, con lo cual se evita la confusión proveniente de leyes dispersas y hasta contradictorias;
- Facilita el adecuado conocimiento del ordenamiento legal y consiguientemente la aplicación del mismo;
- Favorece la conformación de un espíritu nacional por la supremacía que el código adquiere frente a las legislaciones locales;
- Influye frecuentemente en el acrecentamiento cultural del país, sobre todo cuando la obra de codificación ha sido bien lograda.

Inconvenientes:

- Puede inducir en el intérprete la creencia errónea de que todo queda resuelto por la aplicación del código;
- Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y al divorcio de éste con la vida;
- Si para eludir el inconveniente apuntado se introducen en los códigos enmiendas parciales para acoger en su articulado las nuevas instituciones que la vida exige, se corre el riesgo de quebrantar la sistematización y coherencia del sistema legislativo, que es la mayor ventaja de la codificación

Evolución histórica

El surgimiento del llamado “fenómeno de la codificación” se encuentra íntimamente vinculado al pensamiento de la Ilustración y del racionalismo europeo del siglo XVIII. El movimiento hace sus primeras concreciones normativas, en Prusia, al ordenarse la redacción de un código, que se sanciona en 1791, a lo que se le dio el nombre de “Código General de los Estados Prusianos”.

Aparecerá, finalmente, como ley obligatoria para siete provincias de Prusia y algunos distritos y principados en 1794 con el nombre de “Derecho General Territorial de los Estados Prusianos” (Land Recht), aunque, en este caso, no se reduce al Derecho Civil sino que se extiende a todo el derecho tanto privado como público.

La codificación, como hecho histórico con características expansivas, adquiere solidez y auge con la promulgación del Código Civil francés de 1804. El Código francés se erigió en el modelo paradigmático de las codificaciones nacionales que le prosiguieron en el siglo XIX. Su gravitación transnacional, tanto doctrinaria como legislativa, se refleja en los códigos civiles aparecidos con posterioridad, también en América Latina.

Los grandes codificadores americanos que elaboraron obras originales como Freitas (Brasil), Bello (Chile) y Vélez Sarsfield (Argentina) también recibieron influencia del Código de Napoleón y de su doctrina, aunque se apartaron sustancialmente de él tanto en lo metodológico como en su contenido.

El Código Civil Argentino

Por iniciativa del diputado por Corrientes, José María Cabral, el Congreso sancionó el 6 de junio de 1863 la **ley N° 36**, por la que se **autorizaba al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones** encargadas de redactar los proyectos de **códigos civil, penal, de minería** y de las **ordenanzas del ejército**. No obstante prever dicha ley el nombramiento de comisiones pluripersonales, el presidente Mitre entendió que estaba facultado para encargar ese cometido a una sola persona. Así, por decreto del 20 de octubre de 1864 refrendado por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Costa, designó a D. Dalmacio Vélez Sársfield, que hasta hacía poco había sido ministro de Hacienda, para redactar el proyecto de Código Civil.

En cuanto fue informado del nombramiento que le había conferido Mitre, Vélez Sársfield se puso firmemente a trabajar con su tenacidad habitual. En la redacción del Código Civil, Vélez no tuvo colaboradores, sino amanuenses encargados de pasar en limpio sus borradores: ellos fueron Victorino de la Plaza, Eduardo Díaz de Vivar y la hija del codificador, Aurelia, que también manuscibió muchos originales y a quien se debe su conservación.

En junio de 1865 Vélez Sársfield había dado término al libro primero del proyecto de código que remitió al Poder Ejecutivo con una nota de aquella fecha. De inmediato el gobierno dispuso la impresión del proyecto y su distribución entre los legisladores, magistrados y abogados "y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora váyase formando a su respecto la opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado". A medida que fue adelantando en su trabajo Vélez Sársfield hizo remisión de los restantes libros, que fueron publicándose, las dos primeras secciones del libro segundo, que tratan sobre obligaciones y hechos y actos jurídicos, en agosto de 1866; la sección tercera del mismo libro, que se ocupa de los contratos, en general y en particular, a principios de 1867; el libro tercero, referente a los derechos reales, en enero de 1868; y el libro cuarto, que trata de sucesiones, privilegios y prescripción, en agosto de 1869.

En cuanto terminó la impresión del último libro, el presidente Sarmiento dirigió el 25 de agosto de 1869 un mensaje al Congreso propiciando la ley que pusiera en vigencia el proyecto de Código Civil redactado por Vélez Sársfield. Dicho mensaje alude a la anterior distribución ya efectuada del proyecto y a las notas puestas al pie de cada artículo por su autor, por lo cual aconseja darle inmediata vigencia "confiando su reforma a la acción sucesiva de las leyes, que serán dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad".

Recibido el mencionado mensaje por la Cámara de Diputados, este cuerpo se dedicó a la tarea de encarar la inmediata aprobación del proyecto de Vélez, lo que realizó efectivamente el 22 de setiembre de 1869, luego de rechazar diversas mociones de aplazamiento, así como las objeciones a la sanción a libro cerrado. En el tratamiento en particular sólo se discutió sobre la fecha de vigencia del Código, quedando fijada la del 1 de enero de 1871. Remitida la sanción de Diputados al Senado, éste lo consideró en su sesión del 25 de setiembre de 1869 y finalmente aprobada quedó convertida en la ley 340 que promulgó Sarmiento el 29 del mismo mes y año. En 1870 se intentó postergar la entrada en vigor del Código hasta 1872 y así lo sancionó la Cámara de Diputados, pero ese proyecto no contó con la aprobación del Senado

Fuentes del Código redactado por Vélez Sarsfield

- El **Derecho romano**, indirectamente, a través de la formación jurídica recibida en sus estudios universitarios y de autores como Savigny, quienes influyeron en el pensamiento del autor.
- **Legislación española y patria** que ya venía siendo aplicada en el país y es tomada por Vélez para darle cierta continuidad a la conducta de las personas regulada por la normativa proveniente de España.

- El **Derecho canónico**, sobre todo en materia de matrimonio. Vélez dejó este instituto bajo la jurisdicción de la Iglesia Católica, tomando la institución del matrimonio canónico y adjudicándole efectos civiles.
- El **Código de Napoleón** influyó en forma directa, e indirecta a través de sus comentaristas como Marcade, Merlin, Toullier, Duvergier, Demante, Duraton, Aurby y Rau, Demolombe, etc., que se ven reflejados en las notas que Vélez Sarsfield hacía sobre los artículos de su Código.
- El **Código chileno** redactado por Andrés Bello.
- El **Código de Lousiana**, el **Código uruguayo**, entre otros.
- Las **obras doctrinarias** de diversos **juristas** eminentes: Zachariae, Troplong, Chabot, et.c
- El **proyecto de Código Civil de España** de 1851, preparado por Florencio García Goyena.

La obra de Freitas

Augusto Teixeira de Freitas fue un juriconsulto brasileño nacido en Bahía en 1816, que murió en Río de Janeiro el año 1883. Aureolado por la fama de su sabiduría, el Imperio del Brasil le confió en 1855 la honrosa tarea de recopilar ordenadamente las diferentes leyes en vigor, a la que dio cumplimiento Freitas con su "Consolidação das leis civil" que lo elevó al rango de primer jurista de América.

En vista del éxito obtenido por el trabajo mencionado, el Imperio del Brasil encomendó a Freitas, a principios de 1859, la redacción de un proyecto de Código Civil. El juriconsulto brasileño comenzó a redactar su Esbozo o Anteproyecto de Código, que quedó inconcluso luego de llegar al art. 4908, sin haber alcanzado la parte de Sucesiones.

Es una obra admirable, que se publicó en Río de Janeiro en varias entregas sucesivas entre 1860 y 1865, de gran rigor lógico que lo lleva al autor a formular divisiones y subdivisiones de cada tema, que deja prácticamente agotado. Su léxico luce una precisión conceptual que comunica a la obra una gran claridad. Por tales razones se comprende la admiración que despertó en el ánimo de Vélez Sársfield el Esbozo de Freitas, al que acudió frecuentemente como a su mentor en los tres primeros libros del Código Civil, que contiene más de 1.200 artículos tomados de aquella obra. Por lo demás, Vélez Sársfield superó las fallas que tenía el Esbozo como obra codificada, por su exagerado casuismo y las abundantes clasificaciones y definiciones más propias de un libro doctrinario que de un cuerpo de leyes.

Método del Código de Vélez Sarsfield

Vélez se inspiró en el Esbozo de Freitas, pero sin respetarlo totalmente.

El Código Civil estaba dividido de la siguiente manera: **Dos títulos preliminares, cuatro capítulos y un título complementario.**

- **Títulos preliminares**
 - **Título I: De las leyes.** En él elabora un "teoría general de la ley".
 - **Título II: Del modo de contar los intervalos del Derecho.**
- **Libro I: "De las personas",** dedicado a las personas. Tiene **dos secciones:**
 - La **primera sección: De las personas en general.** Trata sobre las personas en sí mismas.
 - La **segunda sección: De los derechos personales en las relaciones de familia.** Trata de la familia.
- **Libro II: "De los derechos personales en las relaciones civiles".** Este libro se divide en **tres secciones:**
 - La **primera** trata sobre las **obligaciones** en general y sobre su **extinción.**
 - La **segunda** aborda los **actos jurídicos y hechos jurídicos** que producen la **adquisición, modificación, transferencia y extinción** de los **derechos y obligaciones.**

- La **tercera** trata sobre las **obligaciones** que nacen de los **contratos**.
- **Libro III: “De los derechos reales”**. Está dedicado a los derechos reales y se ocupa de las cosas en sí mismas o en relación a las personas
- **Libro IV: “De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes.”** Este libro contiene un título preliminar sobre la transmisión de los derechos en general. A continuación tiene **tres secciones**:
 - La **primera** se ocupa de regular las **sucesiones “mortis causa”**
 - La **segunda** se refiere a los **privilegios** y el **derecho de retención**
 - La **tercera** sobre la **prescripción**.

Aciertos y desaciertos del método aplicado por Vélez Sarsfield

El método de Vélez presenta grandes ventajas si se lo compara con el seguido por los códigos entonces vigentes. Pero no deja de tener fallas que pudieron ser subsanadas. Para que se advierta mejor el adelanto metódico que importó el Código velezano, conviene realizar una breve comparación con el método del Código Civil francés.

Este código está dividido desequilibradamente en tres libros. El primero se ocupa de las personas y la familia. El segundo, de los bienes y la propiedad. El tercero, bajo la denominación "de los diversos modos de adquirir la propiedad", reúne desordenadamente lo concerniente a las sucesiones, las donaciones y los testamentos, los contratos y obligaciones convencionales en general, las obligaciones extracontractuales (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos), el contrato de matrimonio seguido de otros varios contratos en particular, venta, etc., la prenda, los privilegios e hipoteca, la expropiación y finalmente la prescripción. Este desmesurado libro se lleva las 2/3 partes de la extensión total del Código.

Si se compara el método del Código Civil argentino con el expresado, se observan estas **ventajas**:

- a) Aunque mal ubicada aparece una **teoría** de los **hechos y actos jurídicos**, que en el derecho francés es de creación doctrinaria muy posterior a la sanción del Código que parece ignorarla;
- b) Los **derechos reales** que participan de una común naturaleza están **reunidos** en un **solo libro**, mientras en el Código francés están dispersos;
- c) El **matrimonio** se trata en el **derecho de familia** y no conjuntamente con los contratos, con los que no tiene parentesco;
- d) Se han **vinculado** los **testamentos** a las **sucesiones**, desglosándose las donaciones, que son contratos entre vivos, para vincularlas a los otros contratos;
- e) Se ha superado el error del Código francés de referirlo todo a la **adquisición del derecho de propiedad**, puesto que notoriamente la locación o el mandato no se refieren a la adquisición de la propiedad, no obstante, lo cual aquel Código trata de esos contratos en el libro tercero, que lleva la denominación ya expresada.

Con todo subsisten en el método seguido por el codificador **fallas innegables**:

- La sección de los hechos y actos jurídicos, que cabalga entre las obligaciones y los contratos, está enteramente desubicada, y debió estar en una parte general, como en el Esbozo de Freitas.
- El título referente a las cosas aparece como Primero del libro de los derechos reales, siendo así que las cosas pueden ser el objeto no sólo de los derechos reales —jus in rem—, sino también de los derechos personales —jus ad rem—.
- También está desubicado el título preliminar del libro cuarto, que trata de la transmisión de derechos, que es materia propia de una parte general.

Como se ha observado, la causa de estos inconvenientes metodológicos reside en la **ausencia de una parte general** en el **Código de Vélez**, que se quedó a mitad de camino, realizando apropiadas generalizaciones, pero sin darles a esas generalizaciones la **ubicación adecuada**. Así es como la teoría general de las personas es desarrollada en el libro primero, la de las cosas en el libro tercero, la de los hechos y actos jurídicos en el libro segundo y la de la prescripción en el libro cuarto, no obstante tratarse de reglas que interesan por su carácter general a toda clase de relaciones jurídicas y que por ello mismo debieron integrar una parte general.

Todavía se advierten otras **fallas menores**. Así hay reglas concernientes a la forma y prueba de los contratos que debieron ser referidas con mayor generalidad a toda clase de actos jurídicos y llevadas a este lugar. Otro tanto puede decirse de las modalidades de las obligaciones —plazo, condición y cargo— que son verdaderas modalidades de los actos jurídicos, porque igualmente pueden incidir en toda clase de derechos, y que por ello debieron ser tratadas en la sección dedicada a aquellos actos.

Proyectos de reforma del Código Civil de Vélez

El anteproyecto de Bibiloni

La primera tentativa de reforma general del Código Civil se originó en el decreto del Poder Ejecutivo N° 12.542/26, que ampliado por el N° 13.156/26, creó una comisión formada por un miembro designado por la Corte Suprema, otro por cada una de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, otro por la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas, otro por cada una de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, de Córdoba, de La Plata y del Litoral, y otro por el Colegio de Abogados.

Desde las primeras reuniones de la Comisión se encargó a uno de sus miembros, el doctor Bibiloni, a fin de que preparara un anteproyecto que sirviera de orientación para los debates de la comisión en pleno. Este trabajo fue cumplido por Bibiloni en el lapso de seis años. La Comisión trabajó desde 1926 sobre los trabajos que le anticipaba Bibiloni.

El Anteproyecto Bibiloni tiene un mérito innegable y recoge en alguna medida las aportaciones de la ciencia jurídica alemana, ya directamente por la gravitación del Código alemán, ya indirectamente por el ascendiente de sus prestigiosos comentaristas. Bibiloni conserva buena parte de las disposiciones del Código de Vélez aún con las mismas formas gramaticales originarias. Siguiendo el ejemplo de Vélez, el autor del Anteproyecto ha puesto al pie de muchas de las disposiciones notas explicativas del sentido de las modificaciones, escritas en un estilo vehemente y brillante, muchas veces dotado de excelente fuerza persuasiva. Tales notas constituyen una muestra feliz del talento innegable de su autor.

Se le ha reprochado al Anteproyecto Bibiloni, tal vez con razón, haber desatendido las elaboraciones de la jurisprudencia nacional

El proyecto de 1936

Sobre la base del Anteproyecto confeccionado por Bibiloni la Comisión Reformadora preparó su propio Proyecto que difiere bastante de aquél.

Desde que la Comisión contó con el material que le iba adelantando Bibiloni, celebró reuniones de la que participaban varios de sus miembros, y que resultaron bastante espaciadas, de todo lo cual se labraron actas levantadas pulcramente por el secretario de la Comisión doctor Ricardo E. Rey.

En el seno de la Comisión ejercieron el mayor influjo los doctores Lafaille y Tobal, quienes formaron el comité de redacción con el beneplácito de los demás miembros, y sin cuya afanosa dedicación tal vez no se hubiese alcanzado el coronamiento de la obra. Es de notar que los redactores se apartaron a veces de lo decidido por la Comisión, de acuerdo al tenor de las actas de sus reuniones, pero ello no impidió que finalmente el proyecto elaborado contara con la adhesión de sus firmantes, que son los doctores Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola y Enrique Martínez Paz, además de los redactores nombrados.

El Proyecto de 1936 está precedido de un Informe que recorre los diversos títulos y da cuenta sumaria de las innovaciones introducidas. Lamentablemente, por la generalidad de las referencias e imprecisión acerca de las fuentes de cada precepto, el informe no suple las anotaciones con que pudo acompañarse el articulado para su adecuado conocimiento, sin perjuicio de eliminarlas ulteriormente del texto que resultara aprobado, si se lo estimaba preferible.

El anteproyecto de 1954

Este Anteproyecto fue preparado durante los años 1950 a 1954 por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, oficina hoy extinguida. Su redacción fue realizada por Jorge Joaquín Llambías, que desempeñaba la Dirección de ese Instituto, con la colaboración de los Dres. Roberto J. Ponssa, subdirector hasta el año 1952; Jorge A. Mazzinghi, secretario del Instituto; Jorge E. Bargalló Cirio y Ricardo Julio Alberdi, abogados adscriptos al mismo.

El material de este Anteproyecto está distribuido a través de 1.839 artículos. La reducción a esa cifra relativamente baja en comparación con la de otros textos codificados —el Código de Vélez tiene 4.051, el Anteproyecto Biliboni 3.586 y el Proyecto de 1936, 2.144 artículos— se ha logrado por la utilización de una técnica precisa, que emite toda reiteración de un principio general y que consigna en el tratamiento de las instituciones particulares sólo las disposiciones concernientes a ellas que introducen alguna variante en aquellos principios.

Por lo demás se ha procurado redactar las disposiciones del Anteproyecto con un lenguaje sencillo y de conceptos precisos, en los que se ha intentado volcar todo el material acumulado hasta el momento de su preparación por la ciencia jurídica universal, en especial por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

Las fuentes principales del Anteproyecto de 1954 son el Anteproyecto Biliboni, el Proyecto de 1936, el Código Italiano de 1942, el Código Venezolano de 1942, el Código Peruano de 1936, el proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927 y el Código Suizo de 1912. Fuera de los textos codificados, se ha contado con lo más prestigioso y valioso de la doctrina universal y en especial de la doctrina y jurisprudencia argentinas.

La trascendente reforma global de la ley 17.711

En vísperas de cumplirse el centenario del Código de Vélez Sársfield, se sancionó el 22 de abril de 1968 la ley 17.711 de reforma al Código Civil argentino, que ha entrado a regir el 1 de julio de ese año. La redacción fue encomendada a prestigiosos juristas, profesores esclarecidos de distintas universidades del país. En un comienzo, la comisión de reformas estuvo integrada por los Dres. Dalmiro A. Alsina Atienza, José F. Bidau, Guillermo A. Borda, Abel M. Fleitas, José M. López Olaciregui, Roberto Martínez Ruiz y Alberto G. Spota.

La ley 17.711 abarca la modificación, sustitución, derogación o inclusión de, aproximadamente, 200 artículos, un 5 % del articulado total del Código Civil. Se trata, pues, de una importante y trascendente reforma que pese a ser parcial, conmueve al Código reformado en algunos de sus criterios medulares, y toca algunos temas fundamentales que pudieron merecer, por su significación, un exhaustivo debate previo en los estrados universitarios.

Dentro de este cúmulo de disposiciones, sólo algunos tópicos, podía entenderse que contaban con el respaldo ya expresado de la opinión doctrinaria dominante en nuestro país, tales como la supresión de todo rastro de incapacidad de la mujer casada; la reducción de la mayoría de edad a los 21 años; la posible habilitación de edad de los menores que hubieren cumplido 18 años; la amplia capacidad laboral y profesional a esta misma edad; el perfeccionamiento de la adquisición de derechos reales sobre inmuebles por su inscripción en el respectivo registro de la propiedad, la adopción explícita del principio que veda el abuso de derecho; la inclusión de la lesión como causa de impugnación del contrato; la reparación del agravio moral aún en los supuestos de responsabilidad contractual; la cláusula resolutoria implícita en los contratos.

Además, la penetración del factor moral en el Derecho Positivo; la protección a la buena fe; la corrección del excesivo individualismo que se advertiría en la redacción de algunos artículos: como la lesión subjetiva, la teoría de la imprevisión y la teoría que veda el ejercicio abusivo de los derechos; el reconocimiento del carácter funcional del ejercicio de los derechos subjetivos; la primacía de la equidad.

Proyectos de reforma del Código Civil

- El proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 (Proyecto 1987).
- El proyecto de 1933 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1933 CF).
- El proyecto preparado por la Comisión creada por derecho del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 (Proyecto de 1993 PEN).
- El proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (Proyecto 1998).

El Código Civil y Comercial

A principios de 2011, mediante el decreto presidencial 191/2011, se constituyó la «Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación», integrada por el presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Ricardo Lorenzetti, la vicepresidenta de ese cuerpo, Elena Highton de Nolasco, y la exmiembro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza Aída Kemelmajer de Carlucci. La comisión recibió propuestas y colaboraciones de numerosos juristas (90 juristas en 33 subcomisiones).

En marzo de 2012, la Comisión Redactora presenta el anteproyecto al Poder Ejecutivo. Incluye “Fundamentos”, reemplaza las notas y deroga completamente el Código de Vélez. Con esto último, este nuevo Código Civil y Comercial trata de una reforma íntegra del Código velezano, no parcial como los anteriores anteproyectos presentados a lo largo de la historia argentina (o incluso de la ley 17.711).

En Junio de 2012, el Poder Ejecutivo realiza reformas al texto de la Comisión y eleva el proyecto al Congreso nacional.

Trámite parlamentario del Código Civil y Comercial

El proyecto ingresa al Senado el 8 de Junio de 2012 (expte. 0057-PE-2012). El Senado interactúa con la Cámara de Diputados y se constituye una Comisión Bicameral, compuesta por los miembros de ambas Cámaras.

Entre agosto y noviembre del mismo año se celebran numerosas audiencias públicas en todo el país, en las que participan ciudadanos diversos, organizaciones no gubernamentales y públicas, jueces, abogados, que brindan sus opiniones sobre distintas materias.

En noviembre de 2013, la Comisión Bicameral emite un dictamen con todo lo obtenido en las audiencias públicas. Esto ocurre luego de un año de completo silencio por parte de la Comisión en cuestión. Una semana después, el dictamen es tratado por la Cámara de Senadores y éstos le dan media sanción al proyecto.

Casi un año después, el 1 de octubre de 2014, luego de una suspensión de su tratamiento, el proyecto es aprobado por la Cámara de Diputados.

El Poder Ejecutivo promulga y publica en el Boletín Oficial el proyecto de reforma, el 8 de octubre de 2014. A inicios de octubre del año 2014 se promulgó el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. El mismo entraría en vigencia el 1 de enero de 2016, pero se adelantó por medio de la ley n.º 27 077 (publicada en el Boletín Oficial el 19 de diciembre de 2014) para el 1 de agosto de 2015.

El código contiene 2671 artículos, los que reemplazan a los más de 4500 de los sancionados en 1869, y es a la vida privada lo que la Constitución Nacional es a la pública, según las propias palabras de su ideólogo, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti.

Alcance de la reforma

El Código Civil y Comercial implica una reforma integral (no parcial), con una sustitución completa de numeración y nota. Además, se trata de la unificación en la materia civil y comercial. Por otro lado, contiene innumerables proyecciones en todos los órdenes de la vida familiar, social, cultural, económica, religiosa.

La ley 26.994 aprueba el texto del Código, deroga el, hasta entonces, Código Civil de Vélez Sarsfield y otras leyes, trae normas complementarias y disposiciones transitorias.

Métodos del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial está estructurado de la siguiente forma:

- **Título Preliminar**
- **Libro Primero.** Parte General
- **Libro Segundo.** Relaciones de familia
- **Libro Tercero.** Derechos personales
- **Libro Cuarto.** Derechos reales
- **Libro Quinto.** Transmisión de derechos por causa de muerte
- **Libro Sexto.** Disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Comparación con el Código Civil

Código Civil – Ley 340	Código Civil y Comercial – Ley 26.994
Títulos Preliminares I – De las leyes II – Del modo de contar los intervalos del derecho	Título preliminar Capítulo 1: Del derecho Capítulo 2: De la ley Capítulo 3: Del ejercicio de los derechos Capítulo 4: De los derechos y los bienes
Libro Primero – De las personas Sección Primera: De las personas en general Sección Segunda: De los derechos en las relaciones de familia	Libro primero – De la parte general Título I: De la persona humana Título II: De la persona Jurídica Título III: De los bienes Título IV. De lo hechos y actos jurídicos Título V: De la transmisión de los derechos

Principales cambios que introduce el nuevo Código

- **Adopción:** Se simplifica el régimen y se agiliza el procedimiento estableciendo un plazo máximo de 90 días. Se incorpora el derecho del niño a ser oído, a conocer sus orígenes y a mantener los vínculos fraternos.
- **Matrimonio:** No realiza distinciones entre hombres y mujeres, manteniendo lo legislado en la Ley de Matrimonio Igualitario. Se otorga la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de ganancias o el de separación de bienes. Los hijos pueden llevar el nombre de alguno de los dos padres o de ambos.
- **Unión convivencial:** Se incorpora esta figura al Código basada en una relación afectiva y en la convivencia en un mismo hogar
- **Divorcio:** Se simplifican los trámites estipulados en el Código Civil por la ley de divorcio vincular y se eliminan los plazos mínimos y la necesidad de justificativos
- **Responsabilidad parental:** Es el nuevo nombre que recibe la "patria potestad" en el nuevo Código. Se considera que las tareas de cuidado que realiza el progenitor a cargo del hijo como un aporte económico a la manutención
- **Sucesiones:** Se aumenta la porción de la herencia de la que se puede disponer libremente.
- **Reproducción humana asistida:** Regula estas técnicas en referencia a la necesidad de consentimiento, los requisitos y la equiparación de la filiación con la reproducción natural y la adopción.
- **Contratación:** Se incorporan formas modernas como los contratos de arbitraje, agencia, concesión, franquicia, suministro, leasing y fideicomiso.
- **Defensa del consumidor:** Regula el contrato de consumo, así como el deber de trato digno y no discriminatorio y la defensa contra prácticas abusivas.
- **Pagos en moneda extranjera:** El deudor puede realizarlos en la moneda convenida o realizar la conversión a pesos.

Video 3: Constitucionalización del derecho privado - Título Preliminar

Constitucionalización del derecho privado

Al hablar de constitucionalización del derecho privado, es pensar la influencia que tiene la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional sobre el derecho privado.

El artículo 1 del Código Civil y Comercial señala que la aplicación de la ley debe realizarse "*conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*". Según los Fundamentos, esta disposición apunta, por un lado, a imponer "la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla". En otro sentido, detrás de esta frase puede verse la influencia de la llamada "constitucionalización del derecho privado", a la que explícitamente se refieren los fundamentos del Anteproyecto: "El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina".

El jurista chileno, Corral Talciani, explica que la constitucionalización opera en **tres vías**:

- **Vía reformadora:** En virtud de la cual la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos opera como motor de cambio legislativo
Ejemplo: En Argentina, en el año 2008, ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en particular, su artículo 12 que señala un conjunto de exigencias sobre cómo dar regulación jurídica a la temática vinculada con la capacidad de ejercicio. Esto tuvo como consecuencia replantear su propia legislación respecto a esta materia y, en el año 2010, sanciona una ley que modifica, parcialmente, el Código Civil de Vélez en lo referido a las sentencias en materia de capacidad de ejercicio.
- **Vía hermenéutica o de aplicación indirecta:** De tal manera que la Constitución es el marco dentro del cual deben moverse los operadores del derecho privado al interpretar los textos legales (y que el nuevo Código Civil y Comercial formula como interpretación "conforme a la Constitución")
Ejemplo: El artículo 2 del Código Civil y Comercial.
- **Vía de la aplicación directa:** La reforma de la Constitución en el año 1994 incorporó normas sobre el consumir, sobre habeas data, la fuerza que tienen y cómo se aplican.

Ventajas y riesgos de la constitucionalización del derecho privado

Ventajas

- **Centralidad de la persona humana y su dignidad.** Esto se ve claramente reflejado en el Código Civil y Comercial en los artículos 51: Inviolabilidad de la persona humana; artículo 19: Persona humana desde la concepción.
- **Rematerialización del derecho con la incorporación de los derechos fundamentales como contenido sustancial.** Frente a la idea de que el derecho es meramente procedimental o formal, que puede abarcar cualquier contenido, de esta manera tiene importancia el contenido del derecho positivo, el cual debe ser acorde a ciertos principios y valores.
- **Rehabilitación de la dimensión práctica valorativa o axiológica.** El uso de la argumentación.
- **Interpretación a partir de los principios.** Se produce una recuperación respecto a la importancia de los principios y de la dimensión práctica o valorativa.
- **La Constitución con sus principios y valores como fuente del derecho.**

Riesgos

- **Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución, se corre el riesgo de sustituir el positivismo legalista por un positivismo constitucionalista.** Es decir, se pierde la dimensión de principios superiores al orden jurídico que inciden en la valoración del ordenamiento jurídico
- **La expansión del derecho constitucional puede significar que las otras ramas pierdan virtualidad jurídica.** Existe el riesgo que muchas materias jurídicas se constitucionalicen y de esta manera pierda su especificidad el derecho civil.
- **El peligro de caer en un positivismo judicial mediante una interpretación "libre" de los derechos o principios contenidos en la Constitución.** Ante la posibilidad de que los jueces se aparten, en su manera de interpretar, de la finalidad de la ley, a raíz de querer aplicar lo que la Constitución establece.
- **La posible inseguridad jurídica de esa interpretación "libre".** La pérdida de certeza sobre qué disposiciones se aplican frente a la celebración de relaciones jurídicas.

- **La pretensión de que el relativismo moral sea la única postura ética compatible con el actual pluralismo.** Se puede llegar a la errónea idea de que sólo son admisibles en el marco de una concepción iusfilosófica relativista y se tratase de la única postura válida, donde todas las posiciones son aceptables.

Otros temas en juego

- **Todo el proceso de constitucionalización del derecho privado llevó a un debilitamiento de la ley y de las tradiciones argumentativas propias de los ordenamientos infraconstitucionales.** El derecho civil tiene su propia forma de argumentar y abordar ciertos temas que, como consecuencia de la influencia del constitucionalismo, se va perdiendo la especificidad propia de la rama.
- Se produce un **desborde de las fuentes del derecho** como consecuencia de la pérdida de relevancia de la ley. La aparición de fallos de tribunales internacionales, recomendaciones, convenciones de otros sistemas jurídicos genera un desborde de las fuentes tradicionales del derecho (la ley, la costumbre y los fallos plenarios).
- **Debate sobre el rol del juez y la jurisprudencia como fuente.** En qué medida el juez crea o aplica el derecho y cuál es su tarea frente a un caso concreto ante la existencia de una ley que regula un caso en concreto.

El Título Preliminar como “núcleo de las significaciones”.

El título preliminar del Código Civil y Comercial se abre con **cuatro capítulos**:

- **Capítulo 1: Derecho.**
- **Capítulo 2: Ley.**
- **Capítulo 3: Ejercicio de los derechos.**
- **Capítulo 4: Derechos y bienes.**

Capítulo 1: Derecho

- **Artículo 1 CCyC Fuentes y aplicación.** *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Con este artículo se está reconociendo a la **ley** como la principal fuente del derecho, la **Constitución Nacional** es la ley fundante. Y en cuanto a los tratados que hace referencia no son más que leyes aprobadas por el Congreso luego de todo el proceso de sanción de leyes que entran en vigencia en el país. También se reconoce como fuente del derecho a los usos y costumbres.

- **Artículo 2 CCyC: 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.*

A veces la ley se interpreta según lo que dice **textual** y **literalmente**. En otras situaciones, para valerse de otros elementos, el Código se debe interpretar según la **finalidad de la ley**, es decir, no ya a qué dice la ley con sus palabras sino al **por qué** se dictó esa ley, para resolver qué problemáticas. Las **leyes análogas** son aquellas que tratan un mismo tema o en el mismo sentido y de las cuales también pueden valerse para la interpretación de la ley. Cuando alguien interpreta un caso, no puede valerse de una sola fuente, si bien prioriza una, tiene que tener en consideración todas las fuentes susceptibles de ser aplicables.

- **Artículo 3 CCyC:** *Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. El artículo 15 del Código de Vélez era más claro respecto a que es el **deber de resolver**:

Artículo 15 Código Civil: *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*

Si el juez no encuentra la respuesta en las **fuentes formales**, puede recurrir a las **fuentes materiales o científicas**, como consta en el **Artículo 16** del mismo Código de Vélez:

Artículo 16 Código Civil: *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

Capítulo 2: Ley

- **Artículo 4 CCyC:** *Ambito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.*

El hecho de que una persona pise el suelo argentino hará que automáticamente deban de acatar las normas jurídicas del derecho positivo en sus distintas ramas (público y privado).

- 1) Las leyes son obligatorias, **¿para quiénes?** Para todos los que habiten el territorio, sin distinguir entre ciudadanos o extranjeros, domiciliados o meros transeúntes.
- 2) Las leyes son obligatorias, **¿dónde es que son obligatorias?** Dentro de los límites territoriales que tiene nuestro país incluyendo provincias, ríos, ensenadas, el espacio aéreo, el mar territorial, la plataforma continental. Saliendo de esos límites territoriales, la protección y obligación legal se termina ya que rige el *ius soli* (hoy llamado **sistema de la aplicación territorial de la ley**) basado en el derecho romano según el cual las leyes son obligatorias dentro del territorio, pero no acompañan al ciudadano a cualquier parte donde vaya. En otros países no rige el sistema territorial *ius soli* sino el *ius sanguinis* (**sistema de la personalidad de la ley**), donde los ciudadanos nacidos bajo este sistema tienen el derecho de solicitar en cualquier jurisdicción que se presenten que se aplique su Código Civil.

- **Artículo 5 CCyC:** *Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen*

La ley rige:

- Cuando ella **establece una fecha** de entrada en vigencia, desde la **fecha establecida**.
- Cuando ella **no establece fecha**, a partir del **octavo día** contados a partir de su **publicación** en el **Boletín Oficial**.

¿Hasta cuándo son vigentes las leyes? Las leyes estarán vigentes en una sociedad hasta su **derogación**, esto es, cuando se la deje sin efecto.

Las **formas de derogación** de una ley puede ser **expresa**: cuando la nueva ley estipula en su texto que tal ley se deja sin efecto.

También se puede derogar una ley de manera **tácita**:

- **Ley posterior deroga a ley anterior:** cuando resulta de la incompatibilidad existente entre la ley nueva y la anterior
- **Ley especial y ley general:**
 - Cuando hay una ley especial sobre una materia, se aplica la ley especial y no la general, la deroga tácitamente.
 - **La ley general posterior no deroga a la ley especial:** salvo que aparezca de manera clara la voluntad derogatoria o por el objeto o por el espíritu del nuevo ordenamiento.
 - **La ley general posterior deroga a la ley general de igual carácter.**

Existe también la **autoderogación**, es decir, cuando la misma ley establece el tiempo por el cual estará vigente en la sociedad.

La **caducidad** de la ley es la pérdida de vigor, de fuerza, por constitución de una costumbre ulterior contraria a ella, o por haberse obrado un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador que resulta absurda su aplicación.

- **Artículo 6 CCyC:** *Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.*
- **Artículo 7 CCyC:** *Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo

Cuando una ley entra en vigencia, no sólo rige el futuro (como decía Vélez en su artículo 3 original), sino también para las consecuencias de los actos y situaciones jurídicas previas.

Ejemplo: Ante la existencia de una relación contractual, la vigencia de una nueva ley, que en cuyo ámbito de aplicación se encuentra el contrato en cuestión, no podrá modificar las cláusulas que las partes acordaron de común acuerdo oportunamente, pero sí los actos y consecuencias del mismo una vez su terminado.

Excepción: Artículo 3, tercer párrafo: *Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución.*

Si las partes firmaron un contrato que está en curso de ejecución, y las partes se ponen de acuerdo en no querer aplicar una nueva ley que entró en vigencia y la misma es supletoria, entonces las partes pueden no permitir que la nueva ley modifique las consecuencias del contrato.

En el tercer párrafo in fine con excepción de las **normas más favorables al consumidor** en las relaciones de consumo. Esto quiere decir que si el Congreso dictara una ley que es supletoria en donde beneficia a los consumidores, el efecto inmediato se aplica de pleno derecho. No se aplicará una supletoria si hay un contrato entre particulares (locación, mutuo, permuta), pero si es un contrato donde hay una relación de consumo y la nueva ley supletoria beneficia al particular, la compañía no puede negarse a aplicarla, inmediatamente rige la nueva disposición.

- **Artículo 8 CCyC:** *Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.*

El Código Civil y Comercial mantiene la preocupación por el error de derechos, es decir, la ignorancia acerca de la existencia de una ley (en sentido amplio) como fundamento para exceptuar que una persona incurra en un ilícito civil, sea pasible de una sanción o se le aplique una consecuencia negativa por acción u omisión. Así, la ignorancia sobre las leyes no puede ser una excusa para incumplir una obligación, de allí que el título del articulado en cuestión sea Principio de inexcusabilidad

Capítulo 3: Ejercicio de los derechos

- **Artículo 9 CCyC:** *Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*

El primer principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano es el de buena fe. Se trata de un principio general al derecho que ha tenido un gran desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional al que se le otorga un lugar de relevancia en el Código Civil y Comercial al estar presente en su Título Preliminar. Incorporar a la buena fe dentro de este Título coloca al principio, de manera expresa y precisa, en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo; de otra manera no sería posible edificar un texto civil y comercial si no se partiera de la idea de que se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas.

- **Artículo 10 CCyC:** *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Se denomina abuso del derecho a la situación que se produce cuando el titular actúa de modo tal que su conducta concuerda con la que concede la facultad (los derechos subjetivos), pero su ejercicio resulta contrario a los fines del ordenamiento jurídico y excede los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.

Esta teoría tuvo su origen en el Derecho Romano, a través de un principio general del derecho, que era *summum ius summa iniuria*: el exceso de derecho (que puede ejercer una persona) provoca la mayor falta de derecho (en la otra persona).

Los derechos subjetivos, en sus cinco vertientes (Patrimoniales, extrapatrimoniales y los derechos intelectuales) siempre implican un señorío (poder) de una persona para exigirle alguien a otra y, en esto de exigir, ¿cómo y qué exigirle al otro y hacer valer la prerrogativa? Cuando una persona ejerce cualquiera de los derechos subjetivos, tiene que hacerlo teniendo en cuenta el fin que tuvo la ley en miras al otorgárselo. *Ejemplo: Si una persona tiene un hijo, ¿por qué la ley contempla la patria potestad? Para asistirlo, cuidarlo en su salud física y psíquica, alimentarlo, recreación, etc. No se tiene la patria potestad, aprovechándose de esa prerrogativa sobre el menor, para la explotación económica; esto incurriría en un ejercicio abusivo o absoluto.*

- **Artículo 11 CCyC:** *Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.*

El abuso de posición dominante como supuesto específico del ejercicio abusivo del derecho El enunciado del artículo establece una aplicación específica para las relaciones de mercado, del principio general que veda el ejercicio abusivo del derecho, enunciado en el art. 10. sigue en esto al Proyecto de 1998 que, en su art. 397, contenía un enunciado similar.

De acuerdo a lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto con los que la Comisión redactora acompañó el proyecto requerido por el Poder Ejecutivo, el ejercicio abusivo aquí previsto es el referido a la posición en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas. Como se señaló allí, el principio pro-tectorio parte del presupuesto de la existencia de alguna forma de dominación de uno por otro, pero las reglas por las que se aplica reconocen basamentos diversos según el tipo de relación jurídica de la que se trate, pues mientras en algunos casos opera con asiento en el principio de la buena fe, en otros su fundamento es el abuso de derecho; por lo que se procuró evitar colocar a la posición dominante como un supuesto que pudiera absorber esa diversidad de criterios de aplicación, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

- **Artículo 12 CCyC:** *Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

El artículo 12 contiene dos conceptos vinculados. En el primer párrafo, determina los límites de la autonomía individual, identificados con el concepto de orden público. En el segundo, determina la noción de acto otorgado en fraude a la ley y sus efectos.

La norma mantiene el criterio establecido en el artículo 21 del Código Civil de Vélez e introduce la regulación del fraude a la ley imperativa, en los términos previstos en el Proyecto de 1998.

- **Artículo 13 CCyC:** *Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.*

La vocación general de la ley es la de obligatoriedad, necesaria para la estructuración del ordenamiento jurídico, por lo que la prohibición de la renuncia general a las leyes obedece a un recaudo de lógica del sistema.

Si la limitación no fuera establecida, se vería afectada la vigencia del principio de obligatoriedad y se posibilitaría la imposición de estatutos personales diferenciados, violando la regla igualitaria asentada básicamente en el art. 16 CN.

Por otra parte, constituye un principio de orden público el que dispone que todos los habitantes gocen de los beneficios que las leyes les acuerdan.

- **Artículo 14 CCyC:** *Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:*
 - a) *derechos individuales;*
 - b) *derechos de incidencia colectiva.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

De acuerdo a lo establecido en esta norma, el Código Civil y Comercial regula dos tipos de derechos:

- a) los derechos individuales: en este caso el interés es individual, lo que se proyecta en la legitimación, pues los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean varias las personas afectadas.
- b) los derechos de incidencia colectiva: estos pueden ser invocados por sujetos que presentan un interés difuso, colectivo o público. En tal supuesto, el interés jurídico protegido es colectivo, por lo que existe una legitimación activa difusa.

Se trata de una particularidad de la regulación del CCyC, porque los sistemas normativos de derecho privado comparado solo regulan los derechos individuales.

Capítulo 4: Derecho y Bienes

- **Artículo 15:** *Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.*

La noción decimonónica que establecía un vínculo directo y exclusivo entre una persona y un conjunto de bienes que integraba su patrimonio y al que se reconocía valor económico, ha cambiado. Hoy, además de bienes con valor económico e integración al patrimonio de un sujeto que ejerce sobre ellos derechos individuales, es posible determinar la existencia tanto de bienes que pertenecen a las personas y tienen una utilidad, pero no valor económico (por ejemplo, órganos o material genético) como de otros que pertenecen a comunidades (artículo 18 del mismo Código) o que integran la categoría de bienes colectivos (ambiente).

De acuerdo a un nuevo criterio, ajustado a estos tiempos, el Código Civil y Comercial regula:

- a) Los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio (arts. 15, 16, 225, 235 y ss. y 1882 y ss.)
- b) Los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano (art. 17)
- c) Los derechos de las comunidades sobre bienes comunitarios (art. 18)

d) Los derechos de incidencia colectiva (art. 14, 240, 241).

- **Artículo 16 CCyC:** *Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.*

Los **bienes** que conforman el **patrimonio** se dividen en **dos**:

- a) **Bienes inmateriales:** El Código de Vélez los definía como “objetos inmateriales susceptibles de valor”. Y también constituyen para la doctrina los derechos subjetivos patrimoniales, esto es: los derechos personales, los derechos reales y los derechos de autor.
- b) **Bienes materiales:** Los bienes materiales también se denominan cosas: Las cosas son los objetos materiales susceptibles de tener valor.
La ley 17.711 sancionada en 1968 modifica el concepto de cosas y sustituye en el artículo la palabra corporales por materiales, recogiendo el criterio de la jurisprudencia que indica que las cosas no sólo son aquellas que tienen forma o cuerpo cierto, como es la energía o las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, que verifica materia pero no cuerpo. Este mismo criterio es el que adopta el artículo 16 del Código Civil y Comercial.

Artículo 17 CCyC: *Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.*

Como nunca antes en nuestra historia, las posibilidades que abre la biotecnología generan un universo de alternativas y de problemas que requieren alguna forma de regulación, para que existan reglas claras en un área sensible. Ello, para que la dignidad de las personas no se vea avasallada por la lógica del mercado, y para que no exista un aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad, entre otras finalidades relevantes.

Es lógico que esa regulación se efectúe de acuerdo a principios generales que establecen directrices claras en la materia, porque los mecanismos de producción de normas jurídicas y la propia dinámica del derecho van siempre a la zaga de los constantes avances científicos y técnicos en la materia.

En este artículo, el Código Civil y Comercial establece un principio básico relevante, consistente con nuestra tradición jurídica y bioética, colocando fuera del comercio a todo tipo de acto jurídico relacionado con derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, al que liga a valores extrapatrimoniales relevantes.

- **Artículo 18 CCyC:** *Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.*

La Constitución Nacional establece como facultad del Congreso, en atribución de ejercicio concurrente con las provincias, la de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Estipula, también, que ninguna de esas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes

o embargos, y asegura a los pueblos indígenas su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17 CN).

La distinción entre la materia civil y comercial

El Código Civil y Comercial opta por una unificación legislativa, respecto al derecho civil y el derecho comercial, en un solo cuerpo legislativo. Distintos autores que estudiaron al respecto la cuestión, llegan a la conclusión de que se trata de una unificación parcial ya que se incorpora la teoría general de obligaciones y contratos y algunas instituciones pero ciertos temas quedan fuera de éste, como lo son las sociedades y quiebras, que quedan reguladas por sus propias leyes.

Por otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial omite definir cuál es la materia comercial ya que se deroga la definición de comerciantes y de actos de comercio.

Temas comerciales que aparecen en el Código Civil y Comercial

- **Contabilidad y rendición de cuenta**
- Toda la **teoría** referida a la **representación** (Capítulo 8 – Arts. 358 y ss.)
- **Contratos comerciales típicos**
- **Relaciones de consumo**
- **Reglas de interpretación de contratos**
- **Valor de los usos y costumbres** como fuentes del derecho
- **Títulos de créditos**
- Se unifican las **sociedades**

Principios del derecho civil

- **La justicia conmutativa – Reciprocidad en los cambios:** La justicia se presenta como la virtud que ordena las relaciones entre las personas que viven en comunidad, presentando una relación hacia el todo.
- **Dignidad de la persona humana:** Artículo 51 del CCyC.
- **Bien común político:** Consiste en la realización de un bien que trasciende a los bienes individuales, que tiene que ver con un conjunto de condiciones que permiten que las personas alcancen sus perfección y lo hagan participando en sociedad.
- **Buena fe:** Artículo 9 del Código Civil y Comercial: Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. La buena fe tiene **dos grandes dimensiones: Buena fe objetiva** y la **buena fe subjetiva**. La **buena fe objetiva** se trata del obrar de las personas conforme a ciertas reglas jurídicas; la **buena fe subjetiva** consiste en un deber de lealtad.
- **Equidad:** Es el versión inmediata y directa del **derecho natural**; en otras palabras, es el **derecho natural interpretado** objetivamente por el **juez**. Es un criterio de objetividad absoluta que tiene que tener un intérprete (juez) cuando va a fundamentar una sentencia.

En el Código Civil y Comercial, se encuentra contemplada en el **artículo 1742:**

Artículo 1742: *Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.*

Video 4: Abuso del derecho

Los derechos subjetivos siempre tienen que ser ejercidos **relativa** o **razonadamente**.

Se denomina **abuso del derecho** a la situación que se produce cuando el titular actúa de modo tal que su conducta concuerda con la que concede la facultad (los derechos subjetivos), pero su **ejercicio** resulta contrario a los fines del ordenamiento jurídico y excede los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.

Esta teoría tuvo su origen en el Derecho Romano, a través de un principio general del derecho, que era **summum ius summa iniuria**: el exceso de derecho (que puede ejercer una persona) provoca la mayor falta de derecho (en la otra persona).

Los **derechos subjetivos**, en sus cinco vertientes (Patrimoniales, extrapatrimoniales y los derechos intelectuales) siempre implican un señorío (poder) de una persona para **exigirle alguien a otra** y, en esto de exigir, **¿cómo y qué exigirle al otro y hacer valer la prerrogativa?** Cuando una persona ejerce cualquiera de los derechos subjetivos, tiene que hacerlo teniendo en cuenta el fin que tuvo la ley en miras al otorgárselo.

Ejemplo: Si una persona tiene un hijo, ¿por qué la ley contempla la patria potestad? Para asistirlo, cuidarlo en su salud física y psíquica, alimentarlo, recreación, etc. No se tiene la patria potestad, aprovechándose de esa prerrogativa sobre el menor, para la explotación económica; esto incurriría en un ejercicio abusivo o absoluto.

La problemática de esta teoría está relacionada con la denominación jurídica. Entre los que se destaca Planiol, tenían la postura de que no correspondía hablar de teoría de abuso de derecho, sino de teoría de falta de derecho. Señala incisivamente que en la denominación de la teoría se contiene una verdadera logomaquia, porque si hay "abuso", no hay "derecho"; afirma entonces que existe una contradicción ínsita en los dos 2 términos que integran la denominación que se da a la teoría. Para otros autores doctrinarios sí corresponde la palabra abuso en la teoría. A principios del siglo XX, ocurre un caso muy particular. Una de las primeras formas de navegación aeronáutica eran los dirigibles. En Francia, estos transportes tenían un lugar específico de ascenso y descenso que lindaba con el terreno de un particular; este terreno estaba cercado por vallas altas y filosas.

Como consecuencia de la altura de las vallas, cada vez que los dirigibles ascendían o descendían se pinchaban, generando turbulencia y daños graves. A raíz de esto, las empresas llevan adelante un juicio por daños y perjuicios al titular de dominio del terreno, justificando que estaba ejerciendo un derecho real de dominio absoluto, de manera abusiva. La justicia francesa comprende el caso y entiende que existen situaciones que el particular, cuando ejecuta una prerrogativa o facultad, puede excederse y provocar un daño.

A partir de ese momento, la teoría del abuso del derecho logra la recepción mundial y empieza a aparecer en manuales y en las legislaciones de los distintos países.

¿Cuándo se producen abusos de derecho?

Dos son principalmente las **concepciones** que se han expuesto para caracterizar el **ejercicio abusivo** del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar **subjetivos** que consideran que el acto es abusivo cuando existe un **obrar doloso o culposo del sujeto**; la otra, de tipo **objetivo**, atiende a los **fines** de la **norma jurídica**, y estima que el acto es abusivo cuando se **violan** o **exceden** esos **fines**.

Teoría subjetiva

- **Intencionalidad:** Hay quienes entienden que el ejercicio es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se trata, pues, de una actitud dolosa de quien ejerce las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero. Se reprocha a este

sistema, que finca el abuso en la existencia de "dolo", la dificultad que existe en probar la intención de perjudicar.

- **Negligencia:** Un segundo sistema requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposos; no se exige ya la prueba de la "intención" de perjudicar, sino que basta la conducta negligente. Entre los autores destacan que el acto puede ser abusivo aunque en el titular no haya existido animus nocendi, y que la culpa puede consistir en "haber ejercitado su derecho de manera perjudicial para tercero, sin interés apreciable para sí mismo".
- Falta de interés legítimo: El derecho subjetivo se ejerce, por parte del titular, sin la intención de satisfacer el interés amparado en la norma jurídica; donde el derecho subjetivo: "...es un poder o facultad de la voluntad para satisfacer un interés que se halla jurídicamente protegido por el derecho positivo".

Tanto el sistema del dolo como el sistema de la culpa presentan el inconveniente de que asimilan el acto abusivo al acto ilícito, lo que lleva a los detractores de la teoría a afirmar que no es necesario consagrarle ninguna norma especial, pues resaltaría suficiente con los preceptos que prohíben el actuar ilícito de los sujetos, que perjudica a terceros, e imponen en tal caso el deber de reparar el daño.

Teoría objetiva

- Se plantea que cada derecho tiene un fin **económico-social propio**. Quien obre fuera de este límite, estará abusando de su derecho. Es decir, atiende al resultado. Contrasta, entonces, la realidad, con los fines establecidos en cada norma jurídica. Si la conducta desplegada por el titular de un derecho subjetivo se enmarca dentro del fin económico-social que tiene la norma, se obra legítimamente en el ejercicio de un derecho; de lo contrario, se estima que se ha ejercido abusivamente.
- Otra teoría objetiva sostiene que habrá abuso de derecho cuando el que ejecute su facultad o prerrogativa vaya en contra del fin por el cual la ley le otorgó a esa persona esa prerrogativa. Esta teoría es más amplia que la anterior ya que no especifica el fin social, económico o **cualquiera sea la finalidad** que la ley le otorgó a esa persona.
- Cuando una persona ejecuta su facultad o prerrogativa, al hacerlo, **afecta la buena fe, la moral y las buenas costumbres** de la sociedad.

Régimen jurídico del abuso del derecho en Argentina

En la legislación de nuestro país, el régimen del abuso de derecho comienza con el **artículo 1.071** del **Código de Vélez Sarfield** de 1869, a saber: "*El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*", esto quiere decir que quien ejerce un derecho subjetivo nunca puede cometer un acto ilícito (y por consiguiente un daño).

Vélez coincidía con la corriente de pensamiento clásica, entre ellos Planiol, según el cual, si hay abuso, no hay derecho; esto es, no se acepta la posibilidad que un particular, ejerciendo una prerrogativa propia, al hacerlo, provoque un daño.

Casi un siglo después, en 1968, **la ley 17.711 modifica** el texto del **artículo 1.071** del Código de Vélez, quedando de la siguiente manera: "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*".

El **primer párrafo** coincide en su mayoría con el original de Vélez, salvo una palabra. Al incorporarse la palabra "**regular**", toda vez que un particular ejerza su prerrogativa razonadamente, nunca podrá producir un daño. Es decir, la diferencia entre el artículo 1.071 del Código de Vélez y el modificado por la ley 17.711

es que el primero aseguraba que nunca un particular, al ejercer su prerrogativa, puede ejercer un daño, y el segundo que un particular no va generar un daño cuando ejerza su prerrogativa siempre y cuando sea de manera razonada. Además de la mencionada modificación al artículo en cuestión, la ley incorpora un **segundo párrafo** estableciendo el abuso del derecho: *“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.”*, esto quiere decir que, si una persona ejerce un derecho de manera regular, no hay abuso; si hay alguien que se excede en el ejercicio, la ley no lo ampara. Por último, con el **párrafo** *“Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*, le ley 17.711 incorpora el criterio de **abuso de derecho** y se verificará el mismo cuando el ejercicio de la prerrogativa vaya en contra de los fines por los cuales la ley le otorgó la misma o afecte la moral y buenas costumbres. Con este análisis, se llega a la **conclusión** que la ley 17.711 recepciona la idea de la teoría objetiva respecto al ejercicio del abuso de derecho, esto es, aquella que atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines.

En el 2015, entrado en vigencia ese mismo año el **Código Civil y Comercial** de la Nación con **ley 26.994**, el **artículo 10** del texto explica el abuso del derecho y lo hace copiando textualmente el artículo 1.071 del Código de Vélez Sarfield modificado por la Ley 17.711. Además, **agrega un párrafo in fine** al mismo, diciendo: *“El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”*; en otras palabras, si el juez verifica que, en el ejercicio de una prerrogativa por parte de un particular afecta la moral y buenas costumbres, y además provoca un daño, tendrá que ordenar que se le repare el daño al damnificado. Este párrafo mencionado ya se encontraba vigente en la jurisprudencia, el Código Civil y Comercial lo incorporó a su texto.

Cabe como aclaración, y ya hablando de la Constitución Nacional, que en 1949 se produce una reforma de su texto y se incorpora el régimen del abuso del derecho en el artículo 35. Sin embargo, en 1956 es derogada la modificación y, por consiguiente, el régimen del abuso.

Video 5: Fuentes del derecho – La ley como fuente

Las fuentes del derecho

Concepto

Las fuentes del derecho son el conjunto de **conceptos obligatorios** de los cuales habrán de surgir **derechos** y **obligaciones** para las personas. Distintos autores suelen designarlas también como **“medios de expresión del derecho”**. Más allá de las distintas precisiones de a la manera de dominarla, lo cierto es que la cuestión a la que se refieren tiene por finalidad conocer **cómo** se **expresa**, **cómo** y de **dónde nace** y, en fin, **cómo** se **conforma** el derecho positivo de un país.

Durante el **siglo XIX**, apareció una escuela llamada **“de la Exégesis”**, que postula que la única fuente del derecho que se admite es la **ley**: el **Derecho era la ley**. Sólo ante lagunas de la ley llegó a aceptarse la posibilidad de acudir subsidiariamente a otras fuentes, mencionándose a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

Gény, un célebre jurista francés de principios del siglo XX, revolucionó esta materia con su libro **“Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”**. Este autor distingue las **fuentes formales** de las **fuentes científicas**.

- Las **fuentes formales** son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete, con virtualidad bastante para regir su juicio. Estas fuentes obran por su autoridad, siempre son hechos que surgen de órganos del Estado y consecuentemente son obligatorios

Las **fuentes formales** en la época de Gény (1925) eran: la **ley**, la **jurisprudencia** (que es el grupo de sentencias que trata un mismo tema jurídico), la **doctrina** (la opinión de juristas sobre temas de derecho) y la **costumbre**.

- Las **fuentes científicas**, que luego habrán de llamarse también **materiales**, porque las provee la propia materia u objeto material del derecho que es la conducta del hombre, provienen de la **libre investigación científica** del intérprete. Agotadas las fuentes formales y como siempre subsiste la necesidad de regular las acciones del hombre en sociedad, es menester, descubrir la regla adecuada, lo que se obtiene por la libre investigación científica. **Libre** porque el intérprete **no obedece** a la **directiva** de una autoridad **exterior**, y **científica** porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas más que en los **elementos objetivos** que sólo la ciencia puede revelar, que son suministrados por la propia naturaleza de las cosas. Esta labor tiene dos momentos: el primero una **interrogación** a la razón y a su conciencia que hace el intérprete para descubrir en la naturaleza de su ser las bases mismas de la justicia; el segundo la **consulta** a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que aquellos requieren, esto es, la naturaleza de las cosas positivas.

Las **fuentes materiales** o científicas en la época de Gény eran: la **equidad**, los **principios generales del derecho** y el **derecho comparado**.

Mientras las fuentes formales arguyen por su autoridad, las fuentes materiales gravitan por la persuasión que de ellos emana.

A partir de mediados del **siglo XX**, **Llambías** utiliza esta clasificación de fuentes formales y materiales, pero cambia su contenido. Determina, en primer lugar, que la **doctrina dejará** de ser una **fuentes formal** y pasará a ser una **fuentes material** que ayuda al intérprete en su momento, pero no se puede aplicar en forma obligatoria, ya que hay aplicar la ley, no lo que dicen los autores sobre la ley. Por otro lado, la **jurisprudencia**, Llambías la divide en **dos**: la **jurisprudencia en general**, que son aquellos fallos que dictan los jueces y que son vinculante para las partes en cuestión y la **jurisprudencia plenaria** producto del sistema de fallo plenarios; esta es la sentencia que se dicta cuando se unen todas salas de una misma Cámara de Apelaciones y dictan una misma sentencia. Y la jurisprudencia no plenaria, que es la jurisprudencia simple que dicta un sola Cámara compuesta por los tres jueces.

Con la sanción del **Código Civil y Comercial**, que entró en vigencia en el año 2015, en su **artículo 1** de **fuentes y aplicación** explica cuáles son las **formales actuales** en el derecho civil argentino.

Artículo 1 CCyC: *Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Con este artículo se está reconociendo a la **ley** (en sentido material) como la **principal fuente** del derecho, la **Constitución Nacional** es la ley fundante. Y en cuanto a los tratados que hace referencia no son más que leyes aprobadas por el Congreso luego de todo el proceso de sanción de leyes que entran en vigencia en el país. También se reconoce como fuente del derecho a los **usos y costumbres**.

La **costumbre** es la reiteración de una conducta de forma uniforme y constante por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que dicha forma de actuar responde a una necesidad jurídica y, en caso de incumplimiento de esa conducta, recibirán una sanción.

Si bien este artículo entró en vigencia en 2015, existía desde el **2013** la **ley 26.853**, que **deroga el principio o recurso de inaplicabilidad de la ley**. Este recurso lleva a que un particular, cuando no está de acuerdo con la sentencia de una Cámara, invoque este recurso para que se junten todas las salas de la Cámara y dicten una sentencia plenaria. Esta ley niega que la jurisprudencia plenaria, la cual surge de todos los miembros de la Cámara, constituya una fuente formal y se pueda aplicar para resolver un caso.

En enero de **2019**, la ley **27.500** vuelve a reflotar los fallos plenarios. Es decir, el artículo 1 reconoce como **fuentes formales** del derecho a la **ley**, la **Constitución Nacional**, los **Tratados Internacionales de Derechos Humanos**, la **costumbre** y, además, la **jurisprudencia plenaria**.

Jurisprudencia y el artículo 1 del Código Civil y Comercial

Inicialmente, la redacción del **Anteproyecto** respecto al Código Civil y Comercial que eleva la Comisión Redactora, **incluía** a la **jurisprudencia** de forma expresa en el artículo 1. En el debate que se desarrolla en la Comisión Bicameral se eliminó la referencia a la jurisprudencia: “se optó por suprimir del enunciado de criterio de interpretación al que en la versión de origen refiere a la ‘jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso’, por entender que ésta importa un criterio vinculado al análisis del asunto judicial en cuestión en procura de la solución jurídica más adecuada que se fundamente en el antecedente judicial análogo, más que en un criterio de interpretación directa de la disposición legal”.

Por otra parte, el **artículo 1** tampoco menciona a otros **Tratados y Convenciones** que, aunque no sean de Derecho Humanos, son aplicables a materias civiles y comerciales, tienen importancia y rango superior a la ley, a pesar no tengan jerarquía constitucional. Sin embargo, no hay dudas de que todos los Tratados y Convenciones son **fuentes del derecho formal** (arts. 27, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En materia de **Derecho Internacional Privado**, el **artículo 2594 del Código Civil y Comercial** señala:

Artículo 2594 CCyC: *Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.*

En este artículo se señala que, ante la existencia de casos de Derecho Internacional Privado, serán aplicables los Tratados y Convenciones.

Desborde de las fuentes del derecho

Actualmente, y en lo que refiere a fuentes del derecho, se está produciendo un fenómeno jurídico interesante: el **desbordamiento de las fuentes del derecho**. Como consecuencia de la relevancia que le otorga a la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos y los Principios Jurídicos Fundamentales, generan que se invoquen Tratados, por ejemplo, haciendo que la ley misma pierda relevancia y fuerza jurídica. Todo esto acompañado por una crisis del positivismo jurídico ante un avance de teorías interpretativistas, donde prima la interpretación (neo-constitucionalistas), señalando que los jueces deben realizar la mejor interpretación del derecho ante cada caso, quitando el foco a la ley.

La ley como fuente formal del derecho

Concepto

Una ley es una **regla** o **norma** jurídica de **carácter obligatorio** dictada por la **autoridad competente** de un territorio. Tiene como fin **permitir** o **prohibir** alguna **acción** de los individuos con el objetivo de regular las conductas humanas y lograr una convivencia armoniosa dentro de una sociedad y el **bien común**.

Son de carácter **coercitivo**, esto significa que en caso de que las leyes no sean cumplidas, la **fuerza pública** tiene el **deber y obligación** de **sancionar** a la persona o institución correspondiente. Por eso, muchas veces los individuos deben someterse a las leyes a pesar de no estar de acuerdo con ellas.

La ley en sentido material y en sentido formal

- **Ley en sentido material o amplio:** Ley en sentido material es toda **norma jurídica general y coactiva** sancionada por la **autoridad pública competente**. Responden a este concepto: la Constitución Nacional y las constituciones provinciales; las leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales, si estatuyen normas generales; los decretos reglamentarios del P.E.; las ordenanzas municipales de carácter general, los edictos de policía, los reglamentos de la Corte Suprema y sentencias de las Cámaras de Apelaciones, cuando establecen normas de carácter general.
- **Ley en sentido formal o estricto:** Ley en sentido formal es el **acto** emanado del **Poder Legislativo** que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto en los **arts. 77 a 84 de la Constitución**, bajo el título "**De la formación y sanción de las leyes**". En el orden **provincial** las leyes, en sentido formal, son dictadas por las **legislaturas** de cada provincia.

Características de la ley

- Es una **norma social** porque está destinada a regular las conductas humanas dentro del marco social en el que el individuo se desenvuelve
- Es **obligatoria** dado que resulta necesario su **acatamiento** para posibilitar la paz pública. La obligatoriedad de la norma jurídica se alcanzará por medio de la aplicación de una **sanción** a quien no la observe. (**Artículo 4 del CCyC**)
- **Coactividad:** Esta característica propia de todo derecho positivo luce eminentemente en la ley que es su medio de expresión típico y privilegiado, en tanto que aparece velada en las otras fuentes del derecho. Las sanciones de la ley son **resarcitorias** y **represivas**: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción: el resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas se inspiran en el castigo corrector del infractor.
- La ley debe ser **dictada** por una **autoridad pública** con **competencia** para dictarla. No es indispensable que se trate del Congreso Nacional o de una legislatura provincial. Puede también dictarla cualquier otra autoridad siempre que tenga las atribuciones para hacerlo.
- La norma jurídica debe también tener **alcance general**. Esto significa que no debe haber sido dictada para atender una situación particular, sino para ser aplicada a un número indeterminado de situaciones que ella contempla y queden comprendida dentro de su ámbito de aplicación (también llamado **normatividad**).

Proceso formación de la ley formal o ley en sentido estricto

La primera etapa en el proceso de creación de la ley formal es la **iniciación**, contemplada en el **artículo 77 de la Constitución Nacional**.

Artículo 77 Constitución Nacional: *Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.*

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

Los proyectos de ley pueden tener origen tanto en la **Cámara de Diputados** (que representan a los ciudadanos) o en la **Cámara de Senadores** (que representan a las provincias). La **Cámara** donde se **presente** el proyecto de ley se llamará **Cámara iniciadora** o de origen y, cuando pase a la **otra Cámara**, ésta se llamará **Cámara revisadora**.

Excepción: Solamente pueden iniciarse en la **Cámara de Diputados** los proyectos que se refieran a **contribuciones, reclutamientos de tropas** o la **iniciativa popular** (Esta última contemplada en la Ley 24.747 y en el artículo 39 de la Constitución Nacional).

Luego de la **iniciación**, viene la **discusión**. Una vez presentado el proyecto de ley, no se trata directamente en la cámara de origen, sino que primeramente se trata comisión. Se designan distintos grupos de personas que pertenecen a esa cámara de origen (o especialistas fuera de ella) para debatir el alcance y sentido del proyecto de manera más específica.

Finalizada la discusión del proyecto de ley, debe emitir un **dictamen** que posteriormente es **elevado** a la **Cámara de origen**. Las Cámaras no tratan el proyecto de ley original en su totalidad, sino que su debate se basa en el dictamen que emitió la comisión.

El **quórum** es la **cantidad de miembros** de la Cámara que deben estar presente en la sala para que se pueda dar **comienzo a la sesión**. Tanto en Cámara de Senadores como de Diputados, el quórum es la **mitad más uno**, esto es, **37** en y **129** respectivamente.

Se pueden dar **dos situaciones**: que la **Cámara de origen no apruebe** el proyecto ley, por cualquiera que fuera el motivo, y en este caso la misma no podrá ser tratada **hasta el año próximo**. Si, por el contrario, la Cámara **aprueba** el proyecto de ley, es importante saber con qué mayoría fue aprobado el mismo ya que de esto dependerá luego la aprobación o modificación de la Cámara Revisora.

Puede haber **dos tipos de mayorías**: la **mayoría simple** o **absoluta** implica la mitad más uno de los presentes. La otra mayoría está constituía por las **2/3 de los miembros presentes**.

Aprobado el proyecto, sale de la Cámara de origen y va a la **Cámara revisora**. En la cámara revisora se pueden dar que la misma **apruebe el proyecto** de ley **sin modificación** alguna. En este caso, la ley queda **sancionada** y pasa al **Poder Ejecutivo** para su **promulgación**. También puede darse la Cámara **rechace** totalmente el proyecto y en este caso el mismo no podrá volver a tratarse **hasta el próximo año**. Y, por último, puede darse el caso en el que la Cámara **aprueba** el proyecto de ley, pero **con modificaciones** en su articulado. En esta situación, el proyecto es enviado a la Cámara de origen con todas las modificaciones propuestas.

Es menester saber con qué mayoría fueron realizadas las modificaciones, es decir, si en la Cámara revisora las mismas fueron por mayoría simple o contó con la 2/3 de los miembros presentes. Si el proyecto sale de la Cámara de origen con la aprobación de las 2/3 de sus miembros presentes y en la Cámara revisora se le realizan modificaciones aprobadas por la mitad más uno, la ley volverá a la primera Cámara para revisar las modificaciones, pero, si insiste en dejar el proyecto con la redacción original con los 2/3 de los presentes, la ley quedará sancionada tal cual está. Esto se debe que tiene mayor fuerza la Cámara de origen en cuanto a las mayorías que aprobaron el proyecto respecto de la otra Cámara.

La ley quedará **aprobada** según qué Cámara logre obtener la **mayor cantidad** de votos positivos respecto de sus miembros.

Luego de la **aprobación** de la ley en ambas Cámaras, sigue la **promulgación**. La promulgación de una ley es el acto por el cual el **Poder Ejecutivo** dispone el cumplimiento del proyecto de ley presentado por el Congreso, previamente sancionado. Existen distintos **tipos** de **promulgaciones**:

- **Promulgación Expresa:** Se da cuando el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento del proyecto de ley presentado por el Congreso, mediante el dictado de un decreto, claramente promulgando la ley-
- **Promulgación Tácita:** Conforme al artículo 80 de la Constitución Nacional, se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley no devuelto en el término de diez días hábiles útiles. Pasado ese lapso de diez días sin ser devuelto, se considera promulgado tácitamente.

A continuación, el **artículo 80** de la CN dice: *Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.*

Esto quiere decir que el Poder Ejecutivo tiene amplias facultades para promulgar de manera parcial el proyecto de ley, como determinados artículos, sin que esto altere el espíritu de la norma.

- **Promulgación obligatoria:** Desechado (o vetado) en todo o en parte de un proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo, éste deberá volver con sus objeciones a la Cámara de origen, y si lo confirma por mayoría de 2/3 de votos de sus miembros, pasa otra vez a la Cámara revisora. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación obligatoria. (**Artículo 83 de la CN**)

Después de la **promulgación**, sigue la **publicación** de la ley. Las **leyes** tienen que ser **publicadas**, una vez que son promulgadas, en el **Boletín Oficial** a los fines del conocimiento de todos los ciudadanos. La entrada en vigencia de la ley será a partir de los **8 días corridos** contados desde el momento en que fue **publicada** en el Boletín Oficial.

Clasificación de las leyes

Leyes prohibitivas y leyes dispositivas

- Las **leyes prohibitivas** son las que prescriben un **comportamiento negativo**, o en otros términos las que **vedan** la **realización** de un acto que se podría efectuar si no mediase la prohibición legal. Esta clase de leyes pueden o no haber previsto determinada **sanción** para el caso de contravención. Si la ley hubiera contemplado cierta sanción la infracción dará lugar a la aplicación de dicha sanción.
- Las **leyes dispositivas** son las que prescriben un **comportamiento positivo**, o sea que imponen que se haga algo determinado. Si se trata de la omisión de requisitos impuestos por la ley para la celebración de ciertos actos jurídicos, esa infracción podrá dar lugar a la nulidad del acto obrado con esa falla, si es que la sanción de invalidez está prevista o si tal sanción puede ser inducida del ordenamiento jurídico

Según la materia que abarcan

- **Leyes o Códigos de fondo:** Está constituido por las **normas jurídicas** que se refieren a los **contenidos** de las **relaciones jurídicas**. Así, son derecho de fondo las disposiciones del derecho civil, comercial, penal, laboral, etc. El dictado de estas normas de fondo es potestad exclusiva del **Congreso Nacional**.

- **Leyes o Códigos de forma o adjetivos:** Es el que regula los **procedimientos** a cumplirse ante los órganos judiciales quienes aplicarán las normas jurídicas para la resolver los distintos casos puestos a su consideración. El típico derecho de forma es el derecho procesal. Las normas que integran el derecho de forma son dictadas por cada uno de los Congresos Provinciales.

Según el alcance de la imperatividad de la ley

- **Leyes imperativas o indisponibles:** Las leyes imperativas serán aquellas de cumplimiento absolutamente **inexcusable**. Sus preceptos deberán ser observados en todos los casos, aun en aquellos en que los particulares a quienes se apliquen puedan considerar inadecuada la solución que imponen dichas normas. Son leyes imperativas las de orden público o aquellas que, sin asumir este carácter, deben igualmente, por otras razones, ser de cumplimiento necesariamente obligatorio.
- **Leyes supletorias:** Son leyes supletorias aquellas cuyas disposiciones pueden ser dejadas de lado por los particulares quienes, dentro el marco de la autonomía de su voluntad, pueden acordar sus convenciones algo diferente a lo previsto por el legislador.

A las leyes supletorias (también llamadas **interpretativas**) se las denomina de tal modo porque, a través de sus prescripciones, el legislador pretendió suplir o interpretar aquello que él consideró sería la voluntad de las personas en la materia sobre la que legisló. Pero, si los particulares consideran preferente adoptar en sus relaciones criterios diferentes a lo que consagra la norma supletoria, y están de acuerdo con ello, pueden acordar válidamente lo que mejor convenga a sus intereses aún en oposición a la disposición legal que con ello no contraríen ni el orden público, ni la moral ni las buenas costumbres.

De todos modos, si al celebrar un contrato (algunos de cuyos aspectos estará regulado por lo que dispone una ley supletoria), las partes guardan silencio y no convienen de común acuerdo ninguna cosa diferente a lo que la norma supletoria dispone, ésta se habrá de aplicar con la misma fuerza obligatoria que la que posee una ley imperativa.

Ejemplo: El artículo 1025 del Código Civil y Comercial dispone que: *“El locatario puede usar y gozar de la cosa conforme a derecho y exclusivamente para el destino correspondiente. No puede variarlo aunque ello no cause perjuicio al locador”*.

Resulta claro que el locador no puede alterar el destino del inmueble que se ha acordado en el contrato de locación. Con esta disposición, el legislador pretendió dar al locador la seguridad de que no se verá alterado el destino pactado durante la vigencia del contrato. Sin embargo, si el locador estuviera de acuerdo con el cambio de destino asignado al inmueble, ¿por qué no se podría aceptar la modificación que en ese aspecto lleve a cabo el locatario y, dejando de lado la prescripción del artículo 1025 o permitir de antemano al locatario que éste dé al inmueble el uso que prefiera tanto no afecta la moral y las buenas costumbres?

Criterio de distinción entre las normas imperativas y supletorias

Las normas no indican si pertenecen a una u otra categoría de manera que en ocasiones puede haber alguna duda sobre el carácter de imperativa o de supletoria de una ley.

Una primera pauta la dará la ubicación de la norma dentro del articulado del Código. Así, se podrá afirmar que la inmensa mayoría de las normas supletorias se encuentran en la parte que trata los contratos. Ello surge también de lo dispuesto por el **artículo 962 del Código Civil y Comercial**.

Artículo 962 CCyC: *Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.*

Sin embargo, como la propia norma advierte, no ocurre en todos los casos. Por ello, y más allá de la ayuda que pueda aportar la ubicación de la norma en cuestión, resultará necesario indagar sobre todo en la **ratio legis** de la misma y buscar en ella cuál es el bien, individual o público, que el legislador ha pretendido tutelar al dictarla.

Orden jerárquico de las leyes en el Derecho argentino

Hans Kelsen (fue un jurista austríaco) estipulaba que respecto a todas las leyes que existen en un ordenamiento jurídico de una determinada jurisdicción o país, corresponde construir una pirámide normativa para ver cuál es la norma que está por encima de otra, dada la variedad de la existencia de las leyes (leyes nacionales, provinciales, imperativas, supletorias) y la interpretación que realice el intérprete de la misma, del Congreso o la persona que la aplicará.

En este contexto, la pregunta recae sobre qué ley se aplica o cuál tiene más peso cuando haya más de una que trate un mismo tema. Con la elaboración de la pirámide normativa con todas las normas que existen en un país, se determina que, en caso de conflicto de normas, cuál es la que el intérprete aplique.

En la cúspide de la pirámide se encuentra la norma hipotética fundante que le da orden y sentido a todo el contenido de la pirámide. Esta norma estaba basada en el derecho natural.



Interpretación de la ley

El **Código Civil y Comercial**, su **artículo 2**, nos brinda criterios para una correcta interpretación de la ley. Las leyes siempre están sujetas a más de una interpretación, es por esto que este artículo es de suma importancia ya que fija los parámetros a los cuales atenerse para una correcta interpretación y posterior aplicación de la norma.

Artículo 2 CCyC: *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.*

A veces la ley se interpreta según lo que dice **textual y literalmente**. En otras situaciones, para valerse de otros elementos, el Código se debe interpretar según la **finalidad de la ley**, es decir, no ya a qué dice la ley con sus palabras sino al **por qué** se dictó esa ley, para resolver qué problemáticas.

Las **leyes análogas** son aquellas que tratan un mismo tema o en el mismo sentido y de las cuales también pueden valerse para la interpretación de la ley.

Cuando alguien interpreta un caso, no puede valerse de una sola fuente, si bien prioriza una, tiene que tener en consideración todas las fuentes susceptibles de ser aplicables.

Artículo 3 CCyC: *Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. El artículo 15 del Código de Vélez era más claro respecto a que es el **deber de resolver**:

Artículo 15 Código Civil: *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*

Si el juez no encuentra la respuesta en las **fuentes formales**, puede recurrir a las **fuentes materiales o científicas**, como consta en el **Artículo 16** del mismo Código de Vélez:

Artículo 16 Código Civil: *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

Video 6: Efectos de la ley con relación al tiempo en el derecho argentino.

Explicación histórica

El **sistema** previsto por **Vélez Sarsfield** para regular lo atinente a los efectos de la ley en el tiempo, estaba contenido en los **artículos 3, 4, 5, 4044 y 4045** del Código Civil. De ellos surgían **tres conceptos**: el de **derechos adquiridos**, el de **derechos en expectativa** y el de **meras facultades no ejercidas**. Las leyes nuevas podían afectar estos últimos pero no aplicarse retroactivamente cuando alcanzaren derechos ya adquiridos por los ciudadanos. Se consagraba así el **principio de irretroactividad** de la nueva ley (**artículo 3**) y en los **artículos 4 y 5** se indicaban las **excepciones** del mismo.

Artículo 3 Código Vélez: *Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.*

Más allá de ciertas cuestiones puntuales en que se admitía la aplicación retroactiva de la nueva norma, como en el caso del **artículo 2 del Código Penal**, se la prohibía en general cuando afectara derechos adquiridos.

Artículo 2 Código Penal: *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.*

Derecho adquirido: Se denomina **derecho adquirido** a aquel que ha sido ingresado de manera definitiva al patrimonio de su titular en razón de haber dado éste cumplimiento a la totalidad de los recaudos que la ley vigente dispone que deban cumplirse para poder adquirirlo.

Derecho en expectativa: Se llama **derecho en expectativa** a aquel que todavía no se ha podido adquirir en razón de no haberse configurado los presupuestos necesarios para que ello ocurra. Por ejemplo, el hijo tiene en expectativa el derecho a heredar a su padre, pero recién podrá hacerlo cuando su progenitor fallezca y no antes. Por ello se considera que no será retroactiva una ley nueva que priva a una persona de un derecho en expectativa que le reconocía la ley anterior.

Tal es lo que indicaba el **artículo 4044** del **Código de Vélez** (derogado por la ley 17.711): *Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando priven a los particulares de derechos que sean merecho derechos en expectativas; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos”.*

Mera facultad: Tener la facultad de ejercerlo es uno de los presupuestos necesarios que deben existir para poder adquirir un derecho reconocido por una ley. Su adquisición efectiva dependerá entonces sólo del ejercicio de la voluntad puesta de manifiesto para ello. Sin embargo, si una nueva ley privara a una persona, a partir de su entrada en vigor, de esa mera facultad antes de haber sido ejercida, no podría afirmarse que la norma en cuestión sea retroactiva desde que no se habría privado de un derecho adquirido sino de la mera facultad de adquirirlo que no se ejerció en su momento sin que nada impidiera hacerlo.

Tal es lo que indicaba el **artículo 4045**, posteriormente derogado por la ley 17.711: *Las nuevas leyes deben aplicarse aún cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que no se hubiesen ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno.*

Como se puede observar, en el sistema originariamente previste en nuestra legislación, una nueva ley podía privar a los individuos de un derecho en expectativa o de una mera facultad no ejercida en tiempo propio. Sin embargo, no podía afectar un derecho adquirido.

Irretroactividad de la ley

El **artículo 3** del derogado **Código Civil** establecía que: *“Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar derecho ya adquiridos”.*

Esta **norma** en cuestión encuentra sus **fuentes** tanto en el **Código Civil Francés** como en las enseñanzas de **Savigny**.

Lo que surgía de la norma en cuestión es que una ley habría de ser retroactiva si afectaba derechos adquiridos. Así, se ha sostenido que, si bien el legislador tiene cierta facultad para ordenar conductas presentes o futuras de los individuos, ciertamente carece de ella para modificar el pasado. Por otra parte, es enteramente razonable que los individuos puedan tener certeza sobre la validez de sus acciones con la seguridad de que ello no habrá de modificarse en el futuro por una ley retroactiva. En cierto modo, el principio de irretroactividad de la ley está más bien dirigido al juez que lo aplicará que al legislador ya que nada impide que éste dicte una norma con alcances retroactivo.

Excepciones al principio de irretroactividad

El principio de irretroactividad consagrado en el **artículo 3** encontraba una excepción regulada por el **artículo 5**.

Artículo 5 – Código Vélez: *Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Esto quería decir que, si se llegase a dictar una ley de orden público, los particulares es dable que pierdan los derechos adquiridos.*

Con esto, Vélez mantuvo un coherente alineamiento a favor de hacer prevalecer el orden público en caso de conflicto entre éste y la voluntad.

No obstante ello, aún antes de la sanción de la ley 17.711, la retroactividad de las leyes de orden público no sólo no era absoluta sino que estaba seriamente limitada por las garantías constitucionales y, entre ellas, la del derecho de propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional).

En **1968**, entra en vigencia la **ley 17.711**, derogando el **artículo 5** del **Código de Vélez**; este artículo simplemente es eliminado, no es modificado ni reemplazado por ningún otro artículo. Además, esta ley **modifica** por completo el **artículo 3** (que es el mismo que el artículo 7 del Código Civil y Comercial – Ley 26.994) con una redacción totalmente nueva, a saber:

Artículo 3 Código Vélez modificado por Ley 17.711: *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En el segundo párrafo, en la modificación que se le incorpora al artículo se hace una aclaración **sean o no de orden público** que, tácitamente, se establece que todas las leyes son irretroactivas. Además, es una aclaración de que se deroga el artículo 5 del Código que reconocía que podían ser retroactivas. A pesar de esta aclaración que se hace, a continuación, el artículo dice **excepto disposición en contrario**, abriendo la posibilidad a la excepción y, consecuentemente, a la retroactividad y su aplicación a situaciones anteriores a ella. Sin embargo, la retroactividad tiene que cumplir con dos requisitos: el primero, no puede afectar garantías constitucionales, tiene que regular y proteger los derechos ya reconocidos y, segundo, la propia ley tiene que aclarar que es retroactiva.

Efecto inmediato de la ley

El **efecto inmediato** de la ley surge como consecuencia de la modificación del Código de Vélez de la **ley 17.711** en **1968** al **artículo 3, primer párrafo**

Artículo 3 Código Civil modificado por Ley 17.711: *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Explicación: Cuando una ley entra en vigencia, no sólo rige el futuro (como decía Vélez en su artículo 3 original), sino también para las consecuencias de los actos y situaciones jurídicas previas.

Ejemplo: Ante la existencia de una relación contractual, la vigencia de una nueva ley, que en cuyo ámbito de aplicación se encuentra el contrato en cuestión, no podrá modificar las cláusulas que las partes acordaron de común acuerdo oportunamente, pero sí los actos y consecuencias del mismo una vez su terminado.

Excepción: Artículo 3, tercer párrafo: *Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución.*

Si las partes firmaron un contrato que está en curso de ejecución, y las partes se ponen de acuerdo en no querer aplicar una nueva ley que entró en vigencia y la misma es supletoria, entonces las partes pueden no permitir que la nueva ley modifique las consecuencias del contrato.

Pasando al **Código Civil y Comercial – ley 26944**, el nuevo código agrega a este artículo (ahora **artículo 7**) en el **tercer párrafo in fine**: *“con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”*. Esto quiere decir que si el Congreso dictara una ley que es supletoria en donde beneficia a los consumidores, el efecto inmediato se aplica de pleno derecho. No se aplicará una supletoria si hay un contrato entre particulares (locación, mutuo, permuta), pero si es un contrato donde hay una relación de consumo y la nueva ley supletoria beneficia al particular, la compañía no puede negarse a aplicarla, inmediatamente rige la nueva disposición.

Video 7: Orden público: concepto y alcances en el Código Civil y Comercial

Orden público. Concepto

Se denomina **orden público** al conjunto de **principios eminentes** (religiosos, morales, políticos y económicos) a los cuales se vincula la **digna subsistencia** de la organización social establecida (Llambías)

Toda vez que la principal crítica que ha recibido este concepto apunta a la supuesta **imprecisión** que existiría para indicar cuáles son esos **principios esenciales** o en dónde se encuentran, es de aclarar que la mayor parte de ellos están contenidos en la propia Constitución Nacional en forma de enunciados, declaración y reconocimiento de derechos esenciales, así como en reglas referidas a la organización política de la Nación.

Características del orden público

Existen **dos características** particulares del orden público:

- Es **eminente particular de cada país**, por ello lo que constituye un principio que hace a la organización social de nuestro país, puede no estar vigente en otro que en su estructura social se haya construido sobre la base de la propiedad colectiva (como en los países socialistas)
- La segunda cuestión tiene que ver con la **mutabilidad** de los principios de orden público. Éstos, ciertamente, no son eternos ni inalterables y muchas veces van cambiando conforme a la evolución de las costumbres sociales. Así, éstas pueden indicar la conveniencia de su adaptación a las nuevas realidades y estructuras que ellas consideren necesarias o convenientes para su organización en determinado momento de su devenir.

Aplicabilidad de la noción del Orden Público

Orden Público y autonomía de la voluntad

El Código vigente ha mantenido en esta cuestión el criterio observado en el redactado por Vélez Sarsfield en el que la **voluntad individual** expresada en el contrato no podía afectar las leyes en cuya observancia estuviera interesado el orden público. En este sentido, el **artículo 958 del Código Civil y Comercial** establece:

Artículo 958 CCyC: *Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.*

Y, a su vez, el **artículo 12** del mencionado Código (reproduciendo el artículo 12 del Código de Vélez) establece:

Artículo 12 CCyC: *Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

Por otra parte, el **artículo 960** del vigente código, en lo relativo a las **facultades de los jueces** dispone:

Artículo 960 CCyC: *Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.*

Por último, y coincidentemente con el artículo 19 del Código Civil, también en el Código Civil y Comercial se prohíbe renunciar a ciertos derechos cuyo ejercicio interese al orden público como, por ejemplo, los derivados de la patria potestad. Así, el **artículo 13** establece:

Artículo 13 CCyC: *Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.*

En este artículo subyace la idea que no es posible renunciar a las leyes si ello compromete el orden público.

Otras normas concordantes con la autonomía de la voluntad y el orden público

Artículo 279 CCyC: *Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.*

Artículo 386 CCyC: *Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.*

Artículo 1004 CCyC: *Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.*

Artículo 1014 CCyC: *Causa ilícita. El contrato es nulo cuando:*

- a) *su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;*
- b) *ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.*

Orden público y ley extranjera

El artículo 4 del **Código Civil y Comercial**, que continúa con el criterio establecido por Vélez en su primer artículo del Código, establece que:

Artículo 4 CCyC: *Ambito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.*

El hecho de que una persona pise el suelo argentino hará que automáticamente deban de acatar las normas jurídicas del derecho positivo en sus distintas ramas (público y privado)

En el artículo en cuestión se hace alusión a los “**residentes**”, entendiéndose a quienes se encuentran en el país de forma transitoria sin haber fijado su domicilio en él.

No obstante ello, el principio expuesto tiene excepciones y puede ocurrir que los jueces argentinos deban, en ocasiones, aplicar una ley extranjera. Así lo determinan los **artículos 2594 y 2595 del Código vigente**:

Artículo 2594 CCyC: *Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.*

Artículo 2595 CCyC: *Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:*

- a) *El juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino.*
- b) *Si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate.*
- c) *Si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.*

Cuando la ley territorial así lo dispone cesa la aplicabilidad de ésta para hacer lugar a la aplicación de la ley extranjera. Como ésta viene, en tal caso, a aplicarse fuera de su propio territorio se habla aquí de aplicación extraterritorial de la ley.

La enunciación de las situaciones en que la ley territorial cede su aplicación en favor de la ley extranjera, integra el contenido del "derecho internacional privado" que se ocupa especialmente de determinar en tales casos cuál es la ley extranjera aplicable. Para ello se atribuye para cada clase de relación jurídica la aplicabilidad de una ley determinada: la ley de la situación de la cosa, o de celebración del acto, o del lugar de ejecución, o del tribunal que la juzga, o de la ley personal de los sujetos intervinientes. Cuando se hace aplicación de ley personal la mayor parte de las legislaciones europeas se atienen a la que indica la "nacionalidad" de la persona, en lugar de atender a su "domicilio".

Artículo 2600 CCyC: Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Orden público y efectos de la ley en el tiempo

El sistema originariamente previsto por el Código Civil de Vélez en lo atinente a la cuestión de los efectos de la ley en el tiempo así como al carácter retroactivo de las leyes de orden público fue profundamente modificado por la ley 17.711 que, entre otros, derogó el artículo 5 que se refería puntualmente a la cuestión.

Ver Video 6: Efectos de la ley con relación al tiempo.

Video 8: Fuentes del derecho - Costumbre - Jurisprudencia – Doctrina

Costumbre. Concepto

La costumbre es la **reiteración** de una **conducta** de forma **uniforme y constante** por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que dicha forma de actuar responde a una necesidad jurídica y, en caso de incumplimiento de esa conducta, recibirán una sanción.

Los elementos de la costumbre verifica dos elementos:

- **Objetivo o material:** El elemento objetivo está conformado por las características de la conducta que reclama ser reconocida como costumbre. En efecto, esta conducta debe ser **uniforme, frecuente, constante, general y duradera**. En cuanto a la **uniformidad**, se entiende por tal al comportamiento unívoco y homogéneo del cuerpo social pertinente. Con **frecuentes** se pretende verificar que sean repetidos en un número significativo por los componentes del grupo. Además, la repetición de actos uniformes debe ser **constante**; esto es, no interrumpida por otros actos que pongan en tela de juicio la categoría de costumbre que se esgrime. La **generalidad** de la conducta remite a que ésta sea experimentada por toda la comunidad involucrada en ella. La necesidad de que la conducta sea **duradera** o que se extienda en el tiempo es lo que permite comprobar todos los demás aspectos que se vinculan con este elemento objetivo.
- **Subjetivo:** El elemento subjetivo, lo conforma el aspecto psicológico-colectivo por el cual el cuerpo social se comporta objetivamente de una determinada manera, con la convicción de que tal conducta da una respuesta adecuada a una necesidad jurídica (*opinio juris et necessitatis*). Ello implica que cada miembro de la comunidad considere que, de no respetar la práctica difundida de la manera expuesta, se expone a una sanción.

Antecedentes de la costumbre como fuente del derecho

En la historia de Europa la costumbre fue la única fuente de derecho generada de manera espontánea. Es el derecho que evoluciona, no por la acción del legislador sino conforme las transformaciones que se van operando en la sociedad. El derecho consuetudinario tiene una aceptación espontánea y natural porque sus normas son intrínsecamente justas.

La significación de la costumbre se refleja en la cantidad e institutos elaborados por ella que fueron acogidos por el Código francés y desde él pasaron a otras legislaciones que, como la argentina, lo contaron como sus principales fuentes.

Así, son invalorable aportes del derecho consuetudinario francés a la ley positiva, principios tan importantes como:

- Patrimonio del deudor constituye la garantía a sus acreedores
- La fuerza vinculante de la palabra en el contrato que obliga como la ley misma
- La irrevocabilidad de las donaciones
- El cómputo del plazo de la prescripción desde el día de la exigibilidad de la obligación.
- La imposibilidad de gravar bienes muebles con hipoteca
- La posibilidad de renunciar a la herencia.

Tipos de costumbre

Costumbre “*secundum legem*”: Es la costumbre que encuentra su propia vigencia en una norma positiva o ley. Su carácter vinculatorio no es el efecto derivado de su propia fuerza psicológica (elemento subjetivo), sino que proviene de la ley. En tales consideraciones, la ley convoca a la costumbre para darle solución al caso en una “actitud delegante.

Ejemplos:

- **Artículo 1255 CCyC:** *Precio. El precio se determina por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial.*
- El artículo 263 cuando dispone en su parte pertinente que el silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de la voluntad conforme al acto o la interrogación excepción en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar “...de los usos y prácticas...”

Artículo 263 CCyC: *Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.*

Costumbre “*praeter legem*”: Es la costumbre que rige en ausencia de una disposición legal. Así, en caso de no existir una ley que regule una determinada situación, podría el intérprete buscar en la costumbre el criterio para resolverla.

Ejemplos:

- El nombre de la persona cuando no existía la ley 18.248 que regulaba el nombre.
- El caso de los recibos de pago de salarios en el servicio doméstico.

Costumbre “*contra legem*”: La costumbre *contra legem* es aquella que contradice a una disposición legal expresa.

Ejemplo:

- Retención del DNI en comercios hasta que devuelvan el bien prestado.
- Participar u organizar peleas de perros o gallos.
- Que el colectivo arranque cuando todavía los pasajeros no terminaron de abonar el boleto

Régimen jurídico de la costumbre

Primeramente, la costumbre estaba regulada en el **artículo 17** del **Código Civil de Vélez**

Artículo 17 CC: *Las leyes no pueden ser derogadas, en todo o en parte, sino por otras leyes. Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.*

Con la primera parte, el artículo hacía alusión a que la **costumbre contra legem** o **desuetudo** no tenía validez en el derecho positivo.

Con la segunda parte, establecía que la única costumbre que tenía validez era aquella amparada por la ley, es decir, la **secundum legem**. Respecto a esta costumbre, entraba en **conflicto** con el **artículo 19** de la **Constitución Nacional, segunda parte**: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (Principio de reserva), es decir, entra en discusión si un particular está sometido al cumplimiento de una costumbre ante la obligatoriedad y supremacía de la ley como fuente del derecho para el accionar de las personas.

Con la entrada en vigencia de la **ley 17.711** en 1968 **deroga** la **primera parte** del **artículo 17** del Código de Vélez. Al eliminar esta parte, queda al criterio del intérprete, determinar si una costumbre **contra legem** tiene validez o no. En principio, se da la posibilidad de la aplicación de esta costumbre.

Además, la modificación de la ley viene a establecer que la costumbre también tiene validez cuando es **praeter legem**.

De esta manera, se incorporan las tres modalidades de la costumbre.

En el **Código Civil y Comercial**, el **artículo 17** como tal ya **no existe** y la costumbre se incorpora en el **artículo 1 in fine**

Artículo 1 CCyC: *Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Esta parte establece que la **costumbre son vinculantes** (obligatorias) cuando ésta sea reconocida por el **derecho** (**costumbre secundum legem** como en Vélez y la ley 17.711) y en **situaciones no regladas** por la ley (**costumbre praeter legem**) siempre y cuando no sean contrarias al derecho, es decir, expresamente **niega** la validez de la **contra legem**

La costumbre en el Código Civil y Comercial

Artículo 964 CCyC: *Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:*

- a) *Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;*
- b) *Las normas supletorias;*
- c) *Los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

Artículo 970 CCyC: *Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:*

- a) *La voluntad de las partes*
- b) *Las normas generales sobre contratos y obligaciones*
- c) *Los usos y prácticas del lugar de celebración*

Artículo 1063 CCyC: *Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato.*

Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

La costumbre en el derecho comercial

En el derecho comercial, las normas consuetudinarias tienen mayor aplicabilidad, en general, que en el ámbito de las demás ramas del derecho. Esto ocurre porque fueron precisamente los usos y prácticas de los comerciantes lo que determinaron la creación de un derecho menos formal que el derecho civil para regular con mayor agilidad las transacciones de aquellos.

La aceptación de la costumbre como fuente del derecho comercial estaba expresamente reconocida en los arts. II y V del Título Preliminar del Código de Comercio hoy derogado.

Por otra parte, el artículo 217 de dicho Código, en materia de interpretación contractual, remitía al sentido que a las palabras le dé el uso general. Y el artículo 218 sobre la misma cuestión, en su inciso 6, disponía que: “El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”

Conclusiones sobre la costumbre en el Código Civil y Comercial

- Se modifica la fórmula negativa del artículo 17 del Código Civil “*no pueden crear derechos*”, por una forma positiva “*son vinculantes*”.
- Amplía la noción incluyendo no sólo los usos y costumbres sino también las **prácticas**.
- Se reitera el carácter de fuente de la costumbre cuando la ley se refiere a ella o bien en situaciones no regladas legalmente.
- Se agrega la posibilidad de que los interesados se refieran a la costumbre, lo que amplía la posibilidad de acción de esta fuente del derecho de tanta relevancia sobre todo en el derecho comercial.
- Se agrega la condición de que la costumbre no sea “*contraria al derecho*”, en lo que constituye una fórmula de una amplitud mayor a la mera oposición de la ley.
- La norma del artículo II del Título Preliminar del Código de Comercio se recoge, con variaciones, en los artículos 964 y 970 del Código Civil y Comercial, referidos a la integración del contrato y los contratos innominados, mientras que el anterior artículo V del Título Preliminar del mismo Código se recepta ahora en el artículo 1063 del Código Civil y Comercial sobre reglas de interpretación de los contratos.

La jurisprudencia

Jurisprudencia. Concepto

La palabra **jurisprudencia** se emplea para designar al conjunto de **sentencias** que dictan los tribunales de justicia. En este sentido, la sentencia es el resultado de la **interpretación y aplicación del derecho** que el juez hace en función de los hechos alegados y acreditados por las partes, al resolver las cuestiones sujetas a su decisión.

*Ver página 28: **Jurisprudencia y el artículo 1 del Código Civil y Comercial para ampliar.***

La sentencia como tal presenta **dos características**:

- Es **obligatoria** para las partes a tal punto que se ha llegado a sostener que tienen para ellas la misma imperatividad que la propia ley
- Cuando es **definitiva**, en materia civil, hace **cosa juzgada**. Se considera definitiva a la sentencia dictada por un tribunal de última instancia o por uno inferior cuando no ha sido recurrida.

La jurisprudencia planaria. Fallos plenarios

Es la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en pleno que resuelve una cuestión en torno a la cual existen sentencias contradictorias dictadas por salas del mismo tribunal. Se convierten en obligatoria para todas las salas y tribunales inferiores.

Se trata de una forma de unificar la jurisprudencia y evitar la existencia de criterios dispares por parte de un mismo tribunal.

El recurso que habilita el dictado de un fallo plenario se llama “**recurso de inaplicabilidad de la ley**” y está regulado por el **Código Procesal Civil y Comercial** (para el ámbito nacional).

Así como la sentencia definitiva de los tres miembros de la sala de la Cámara de apelaciones se puede apelar por el recurso extraordinario, existe otro recurso llamado **recurso de inaplicabilidad de la ley** o el **sistema de fallos plenarios**.

Si cuando se inició la demanda, además de **invocar qué artículos** fundaba la pretensión y solicitando la **reserva caso federal** para solicitar eventualmente el recurso extraordinario, se logra encontrar en algunas de las salas que constituyen la Cámara (de la A a la M) **algún caso** que no sea más allá de los 10 años, que sea similar al de la demanda y se lo invoca en la misma, cuando los tres jueces de la sala dictan la sentencia definitiva no dando la razón pretendida, se puede apelar no con el recurso extraordinario sino con el **recurso de inaplicabilidad**.

Al notificar en la demanda que ya había un precedente similar e invocando este recurso, genera que se junten todas las salas de la Cámara para analizar y resolver el caso. Si se tiene razón con el reclamo y con la invocación de un caso similar de la misma Cámara, se dictará una sentencia plenaria (donde están incluidos todos los jueces).

Esta sentencia plenaria sienta en precedente tan importante que tendrá la misma **jerarquía que las leyes**. A partir de ese momento, en los casos de índole similar, en vez de citar los artículos de la ley o antecedentes de las salas de la Cámara para fundar la pretensión, se invocará directamente el **fallo plenario** en cuestión. Es por este motivo que la jurisprudencia plenaria es una fuente formal del derecho.

Es obligatoria para jueces de primera instancia y para casos similares, siempre dentro del ámbito de la jurisdicción de esa Cámara.

Un **fallo plenario** entra en **vigencia** desde el momento de la **sentencia** y hasta que **otro fallo** plenario lo **derogue**.

Artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial: *El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los diez (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento.*

Si se tratare de una cámara federal, que estuviere formada por más de una (1) sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso-administrativo federal.

Artículo 292 del Código Procesal Civil y Comercial: *El recurso se interpondrá dentro de los diez (10) días de notificada la sentencia definitiva, ante la sala que la pronunció.*

En el escrito en que se lo deduzca se señalará la existencia de la contradicción en términos precisos, se mencionará el escrito en que se invocó el precedente jurisprudencial y se expresarán los fundamentos que, a juicio de la parte, demuestren la procedencia del recurso. El incumplimiento de estos requisitos determinará su inadmisibilidad.

En el año **2013**, el sistema de **fallos plenarios** fue **derogado** por la **ley 26.853** de reforma judicial, derogando así también el **recurso de inaplicabilidad de la ley** diciendo que, si una persona no está de acuerdo con la sentencia definitiva de los tres jueces de la sala, no puede apelar ante el mismo tribunal, sino que es menester ante otro tribunal. En este contexto, la ley establece la creación, por encima de las Cámaras de Apelación, de las Cámaras Federales de Casación. Entonces, si una persona no está de acuerdo con la sentencia de la Cámara de Apelación, podrá apelar ante la Cámara de Casación Federal.

Sin embargo, a pesar de la vigencia de la ley, hasta el **2018 no fue creada** esta Cámara; es decir, se derogó el sistema de fallo plenarios pero el que quería pedir el recurso de casación no tenía dónde presentarlo. En enero de **2019** volvió a ponerse en **vigencia** el sistema de **fallos plenarios** como fuente formal mediante la ley 27.500.

Difusión de la jurisprudencia

Resulta indudable que el avance de la informática ha facilitado enormemente la difusión de los fallos que van dictando los distintos tribunales del país. No obstante ello, también es posible acudir a los repertorios de jurisprudencia que editan las distintas revistas especializadas.

Además, algunos tribunales disponen la publicación de sus propios fallos, como ocurre con la Corte Suprema de Justicia de la Nación o con la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Entre las **publicaciones oficiales** se pueden destacar:

- Corte Suprema: csjn.gov.ar
- Centro de Información Judicial: cij.gov.ar
- SAJJ: sajj.gob.ar

En cuanto a las **revistas especializadas** se encuentran, entre otras muchas más:

- La Ley
- El Derecho
- Jurisprudencia Argentina

La doctrina

La doctrina de los autores es una fuente material del derecho. Está conformada por la **opinión de los juristas** sobre las distintas cuestiones que se refieren a la ciencia del derecho.

Ese parecer de los autores se encuentra frecuentemente citado en las sentencias que dictan los jueces, para contribuir a su fundamento, o en los alegatos de las partes litigantes con la intención de dar mayor énfasis a sus respectivas pretensiones. En ocasiones también el legislador se sirve de la doctrina de los autores y ésta es citada para dar basamento a las modificaciones normativas.

La influencia de la doctrina no es no novedosa, sino que se puso de manifiesto en la antigüedad. Así, en los comienzos de la era cristiana, por decisión de Octavio Augusto se reconoció la validez de la opinión de algunos juristas destacados otorgándoles el denominado *ius publice respondi ex auctoritate principis*.

Es importante el papel que corresponde a la doctrina como fuente del derecho en la interpretación de las leyes que el juez hace al dictar sentencia en las cuestiones sometidas a su decisión. Y aunque no se encuentre ceñido a acatar necesariamente opinión doctrinaria alguna, sin embargo suele buscar entre los autores aquella que refuerce los fundamentos con quien quiera dar a su sentencia.

Muchos cambios legislativos también se deben a la doctrina de los autores. Basta con observar que muchas de las importantes modificaciones introducidas en el Código Civil por la ley 17.711, encontraron su fundamento en las opiniones y reclamos de distintos tratados, libros y artículos publicados antes de la sanción de la norma referida.

Derecho comparado

Derecho comparado. Concepto

El derecho comparado es el estudio y análisis de la legislación positiva existente en otros países así como de la interpretación y aplicación de la misma que en ellos hacen sus tribunales.

Si bien los autores suelen considerar al derecho comparado como una fuente material del derecho, cabe como aclaración que solamente podrá serlo de manera indirecta, es decir, como un medio de comprender cómo se interpretan y aplicar en otros países ciertas normas jurídicas esencialmente similares a otras que están vigentes en el nuestro.

Principios generales del derecho

Son ellos los principios superiores que dan fundamento y forman el espíritu del derecho positivo de la Nación. Se encuentran ínsitos en la Constitución Nacional, fundamentalmente en la parte referente a declaraciones, derechos y garantías, así como en numerosas leyes que los recogen.

Los principios generales del derecho son:

- ***Summun ius summa iniura***: El exceso de derecho provoca la mayor falta de derecho.
- ***Pacta sunt servanda***: Los contratos se celebran para ser cumplidos.
- ***De minimis not curat preator***: El juez no puede ser llamado para casos jurídicos intrascendentes o irrelevantes. Esto es cuando se amerita un daño en un particular o una alteración al orden público
- ***Iuria curia novit***: El juez es el único dotado de la facultad específica de administrar justicia aplicando e interpretando la norma para resolver los conflictos de los particulares, sin embargo, debe pronunciarse sobre el tema que éstos – las partes – han planteado, sin transgredir, ignorar o modificar lo pedido
- ***Forum rei sitae***: Las acciones reales sobre un inmueble se rigen por la ley de la jurisdicción donde está aplicado.
- ***Nullum crimen nulla poena sine lege***: No hay delito ni hay pena sin ley previa
- ***Indubio pro reo***: En caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (reo).
- ***Non bis in idem***: Nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito

Video 9: La persona humana en el Código Civil y Comercial

Persona. Etimología

Etimológicamente se han señalado **tres orígenes** del término:

- En primer lugar, la persona se presenta como una investidura sacra o algún poder sacral sobreañadido al hombre, señalando simbólicamente lo que el más allá encierra de misterio. Esta acepción se vincula con el nombre propio de la diosa Perséfone.
- La segunda acepción, que es la más comúnmente aceptada, tiene que ver con el término griego *prosopon*, que significa personaje, máscara, segundo rostro. Estas máscaras se usaban en fiestas religiosas y representan un carácter genérico en el que se destaca la edad, condición social o función del personaje. La máscara supone alguien que la soporta y también implica una representación.
- Para la tercera acepción, el término persona deriva del latín *personare*, que viene de personar (resonar con fuerza), y refiere a la máscara que provoca que la voz se aclare y resuene. Según esta acepción, la persona es el ser que tiene voz, logos o palabra.

Persona. Concepto.

En el **Código Civil y Comercial – Ley 26.944** no estipula qué es la **persona**. El **Código de Vélez** sí daba un concepto:

Artículo 30 Código de Vélez: *Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.*

Vélez menciona la palabra **ente** porque existen dos tipos de personas en el mundo del derecho: persona humana y persona jurídica. De esta manera, con este se engloba a ambas categorías.

Persona humana

El **Código Civil y Comercial** no define qué es la **persona humana**, elimina el anterior **artículo 30** del Código Civil y Vélez que contenía tal definición. Además, terminológicamente, recurre a la expresión de **persona humana** para hablar de las **personas físicas o de existencia visible** del Código Civil.

Por otra parte, el Código vigente elimina la definición de las **personas de existencia visible** contemplado en el **artículo 51** del **Código velezano**, y no incluye la definición de **persona humana**

Artículo 51 Código de Vélez: *Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.*

Para Vélez, la persona humana era aquella que, al nacer, verificaba los caracteres propios del ser humano persona. En la antigüedad, y en otras legislaciones, se asociaba el concepto de persona con aquellos individuos que presentaban un cuerpo normal y corriente; si alguien nacía sin alguna extremidad o mal formación no era considerado como tal.

Centralidad de la dignidad humana

La **dignidad** de la persona humana es una de las nociones fundamentales de la antropología. Existe una conciencia general de que el "modo de ser" del ser humano no es igual que el "modo de ser" de otros seres animados o de las cosas. El hombre no es una forma de vida más, sino que posee una diferencia que se desprende de esa cualidad denominada **dignidad**.

En consonancia con el sistema de Derechos Humanos, el nuevo **Código Civil y Comercial** otorga centralidad a la **dignidad humana**:

Artículo 51 Código Civil y Comercial: *Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

La dignidad puede ser entendida en **tres sentidos** distintos:

- **Dignidad funcional:** Merecimiento que corresponde a una persona por los papeles o funciones que desempeña o por las acciones que realiza en la sociedad
- **Dignidad moral:** Merecimiento de respeto en relación a la conducta
- **Dignidad ontológica:** Merecimiento de respeto por el sólo hecho de ser humano (excelencia en el ser)

La persona en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La dignidad es la piedra angular de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**. En efecto, el **Preámbulo** comienza con una afirmación muy clara: "*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...*". En el mismo sentido dispone: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (**artículo 1**).

Artículo 6 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica

Artículo 1.2 Pacto San José de Costa Rica: *Persona es todo ser humano*

En el sistema de Derechos Humanos existe un punto de partida del cual se parte que es que **todo ser humanos es persona**. Y esto influye en la codificación argentina ya que la legislación (contemplado en la Constitución Nacional) tiene que respetar los Tratados Internacionales y, entre ellos, los de Derechos Humanos

Persona humana en el Código Civil y Comercial

En el nuevo **Código Civil y Comercial** (ley 26.994), la **dignidad** de la persona humana ocupa un **lugar central**. Corresponde ante todo citar el artículo 51:

Artículo 51 CCyC: *Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"*

Este artículo abre el capítulo destinado a los derechos personalísimos y se presenta como uno de los ejes centrales de interpretación de todo el Código. Además, la dignidad es principio fundamental del sistema de derechos humanos y es coherente con el **artículo 1** del **Código Civil y Comercial** que señala que "*los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*", y el **artículo 2** que dispone que "*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*".

Los siguientes artículos del capítulo referido a los derechos y actos personalísimos van desplegando las dimensiones de la dignidad humana implicadas hoy en la vida civil y el **artículo 52** marca la norma general de protección:

Artículo 52 CCyC: *Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.*

Así, la dignidad de la persona humana es uno de los principios centrales de todo el ordenamiento jurídico y así lo ha reconocido el nuevo Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial finalmente sancionado por el Congreso se apartó de la intención primera de la comisión redactora del Proyecto y optó por la postura que sostiene:

- Todo ser humano es persona desde la concepción.
- La personalidad no es una creación artificial del legislador sino un dato de la naturaleza que la ley positiva reconoce (por este motivo no se encuentra definido qué es la persona humana).
- No hay seres humanos que no sean personas humanas.

Video 10: La persona por nacer en el Código Civil y Comercial

En el derecho romano se acuñó una fórmula "*nasciturus pro iam nato habertus*", esto significaba que al **concebido** se lo tenía por **nacido**. Para los romanos, la **persona por nacer** tenía la aptitud para poder ser titular de derechos en las mismas condiciones que una persona ya nacida.

Con esto, el **concebido heredaba** en caso de **fallecimiento** de su padre y, por otro lado, el momento de la concepción marca el **status** en relación a la **libertad**: si la mujer que concebía siendo **libre** y luego caía **esclava** al momento del parto, el **hijo** nacía **libre**.

Vélez toma esta idea del derecho romano y la plasma en su **Código Civil** que entró en vigencia en 1871.

Artículo 63 Código Vélez: *Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.*

Constitución Nacional y Tratados Internacionales

En 1994, la **Constitución Nacional** es reformada y se incorporan a su texto los **Tratados de Derechos Humanos**. En el **artículo 75 inciso 23** (Atribuciones del Congreso), se le otorga facultad al Congreso para dictar un régimen de seguridad social especial para la madre y el niño desde el embarazo. Esta noción señala la existencia de una etapa del niño prenatal y que Ley Suprema lo reconoce.

Por otra parte, respecto a la **Convención sobre los Derechos del Niño, Argentina** la **ratifica** por medio de la **ley 23.849** haciendo una declaración interpretativa condicional que tiene el valor de una **reserva**, estableciendo que para Argentina niño es todo ser humano desde la concepción y hasta los 18 años. Esta ley integra las condiciones de vigencia de la Convención y, por lo tanto, es texto constitucional para los fines de la interpretación del comienzo de la existencia de la persona humana.

Además, la **Convención Americana de Derechos Humanos** (Pacto San José de Costa Rica) establece en su **artículo 4:**

Artículo 4.1 Convención Americana de D. Humanos: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

El artículo 19 y el Código Civil y Comercial

El texto del Proyecto del Poder Ejecutivo presentado en junio de 2012 establecía:

Artículo 19: *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.*

el texto del predictamen presentado el 14 de noviembre de 2013, por su parte mencionaba:

Artículo 19: *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer*

Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Finalmente, el texto final aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el 1 de octubre de 2014 queda conformado:

Artículo 19: *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Con todo esto, se pueden elaborar las siguientes **conclusiones**:

- Existe amplio acuerdo, desde la primera redacción hasta el final, en cuanto a mantener la tradición jurídica argentina que dispone que la **existencia de la persona humana** comienza con la **concepción** y, por tanto, que reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como “**persona por nacer**”.
- La discusión se planteó, ya desde el inicio del proceso de reforma, en torno a la situación de los **embriones humanos no implantados** concebidos por técnicas de fecundación artificial.
- La redacción inicial, que incluía **dos momentos** diferenciados para el **inicio de la vida** y consideraba que el embrión no implantado no era persona, fue finalmente reemplazada por un texto unificado que considera que la existencia de la persona humana comienza en la concepción.
- Consecuentemente, de la inicial propuesta de dos momentos de inicio de la vida se ha pasado a un **único momento**. Ese momento es el de la **concepción**, que, como su nombre lo indica, refiere al primer momento en que existe una persona. Por tanto, si había duda sobre la situación de la persona dentro o fuera del seno materno, en la redacción final hay que interpretar que, al hablar de concepción, el artículo 19 lo hace **sin diferenciar** si ocurre **dentro o fuera del seno materno**.
- La **concepción**, por tanto, no quedó asimilada a la implantación, y por ello se la debe entender como el momento de la **fecundación**, pues quedan incluidos en tal momento tanto los embriones concebidos dentro del seno materno como los concebidos fuera de él.
- El hecho de que la **disposición transitoria** se refiera a la “**protección especial**” del embrión no implantado no puede ser utilizado para afirmar que el embrión no es persona. Por el contrario, reconoce que, en los hechos, y por aplicación de la ley 26.862, hoy se generan embriones fuera del seno materno, y señala la intención de protegerlos ante los riesgos que ello significa.
- El artículo 19 eliminó la frase “en el seno materno”, presente en el código de Vélez Sarsfield. Si bien la doctrina había interpretado este texto en el sentido de entender la concepción como el primer momento de la existencia, sea dentro o fuera del seno materno, la modificación ahora aprobada resulta una mejora en relación al tema.

Artículo 20 del Código Civil y Comercial

Artículo 20 CCyC: *Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.*

El artículo 20 del **Código Civil y Comercial** utiliza el mismo método que **Vélez Sarfield** había establecido en los **artículos 76 y 77** de su obra para calcular la fecha de concepción de los nacidos, el cual queda estipulado en el **espacio de tiempo** comprendido entre un **máximo de 300 días** y un **mínimo de 180** que puede durar el embarazo. Consecuentemente, la **época de la concepción** se presume en el lapso de **120 días** que operan entre ambos plazos, descontando el día de nacimientos.

La Ley 23.264 modificó el artículo 77 del Código de Vélez, el cuál en su redacción original estipulaba una presunción ***lure et de iure*** (que no admite prueba en contrario), eliminando la palabra NO de su texto y transformando con ello dicho criterio en una presunción ***luris tantum*** (se establece por ley y que admite prueba en contra), como se mantiene en la actualidad.

La fecha de concepción de los nacidos tiene una relevancia jurídica en el plano del derecho civil ya que, a partir de este hecho biológico de formación del nuevo ser en el seno materno, la persona por nacer podrá adquirir condicionalmente algunos derechos como si ya hubiese nacido, algunos de los que constaban claramente descriptos en el artículo 64 del texto original del Código, el cual hacía referencia a la posibilidad de percibir bienes, por donación o herencia.

Asimismo, desde la concepción, la persona por nacer podrá contraer obligaciones de manera indirecta para el caso de legado o donaciones de bienes de magnitud patrimonial. Sin embargo, esta adquisición de derechos está condicionada al nacimiento con vida para que los mismos quedaren irrevocablemente adquiridos en el patrimonio de la persona, aunque su vida se prolongase sólo por unos instantes, conforma lo estipula el artículo 21 del Código Civil y Comercial y la doctrina aplicable

Artículo 21 y la condición resolutoria

El artículo 21 del Código Civil y Comercial incorpora la condición resolutoria que planteaba Vélez en el artículo 74 del Código Civil, la que indica que, para los casos de nacimiento sin vida, se considera que la persona nunca existió. Al referirse que la persona nunca existió toda vez que estamos en presencia de una condición resolutoria, la cual produce efectos ex – tunc (desde siempre), retroactivamente corresponde remontarse al hecho de la concepción (momento en que comienza la existencia de la persona humana) y así negar categóricamente que ella se hubiera producido y consecuentemente postular que jamás podría haber adquirido derechos patrimoniales, haberlos conservado durante el transcurso del embarazo y menos aún que hubiere operado transmisión de los mismos al momento de su muerte.

Capacidad de la persona por nacer

En el nuevo **Código Civil y Comercial** se **eliminan** los **artículos 64 y 69** del **Código de Vélez**, referidos a la **“representación”** de la persona por nacer. El texto del artículo 64 había dado lugar a cierta discusión en torno a sus alcances, pues dispone: “

Artículo 64 Código Vélez: *Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.*

En el nuevo Código, tal posible discusión se diluye ya que queda claro que la persona por nacer es persona y goza de la capacidad que le reconocen los **artículos 22 y 23:**

Artículo 22 CCyC: *Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*

Artículo 23 CCyC: *Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*

Por su parte, en cuanto a la **capacidad de ejercicio**, el **artículo 24** dispone:

Artículo 24 CCyC *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

- a) *la persona por nacer*
- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*
- c) *La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*

Y por su parte el artículo 101 señala quiénes son los “representantes” de la persona por nacer:

Artículo 101 CCyC: *Enumeración. Son representantes:*

- a) *De las personas por nacer, sus padres;*
- b) *b) De las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;*
- c) *c) De las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.*

Otras disposiciones de la persona por nacer

Artículo 2279 CCyC: *Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:*

- a) *Las personas humanas existentes al momento de su muerte*
- b) *las concebidas en ese momento que nazcan con vida*
- c) *las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561*
- d) *las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.*

Artículo 57 CCyC: *Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.*

Artículo 572 CCyC: *Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.*

Artículo 592 CCyC: *Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.*

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Artículo 665: *Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada.*

Video 11: El nombre de las personas humanas en el Código Civil y Comercial

Nombre. Concepto.

El **nombre** es la **designación exclusiva** que corresponde a cada persona. Cumple con la **función de identificar** a cada una de ellas en relación a las demás. En este sentido se ha definido al **nombre de pila** o **prenombre**, como el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia. A su vez, dado que admite una forma masculina y otra femenina, sirve para caracterizar el sexo de la persona.

El nombre está compuesto, además, por el **apellido** o **nombre patronímico**. El **apellido** es la designación común a todos los miembros de una misma familia. Conjuntamente con el nombre de pila identifican al individuo. Una de las características del apellido es que es hereditario respecto a los hijos, el hijo lleva el apellido del padre y de esta manera permite individualizar a la persona y que la misma pertenece a tal o cual familia.

Características del nombre

- **Necesario u obligatorio:** es una prerrogativa o un derecho pero también una obligación o un deber de tener un nombre, no se puede prescindir de él
- **Único:** Sólo se puede tener un nombre y un apellido; y un seudónimo, pero el nombre y apellido es único, sin excepción.
- **Inalienable:** está fuera del comercio, no se puede enajenar, donar, ceder ni vender.
- **Inembargable:** ya que, al estar fuera del comercio, no puede ser susceptible de ser embargado
- **Imprescriptible:** No se puede adquirir ni perder por el mero transcurso del tiempo. La prescripción en sus dos modalidades no opera en respecto al nombre.
- **Inmutable:** una vez que está asentado en el acta de la partida de nacimiento, no se puede cambiar, salvo casos excepcionales (artículo 69 CCyC).
- **Indivisible:** Se tiene el mismo nombre frente a todas las demás personas.

El nombre está regulado en el **Libro Primero** de la **Parte General, Título I “Persona Humana”, Capítulo 4.**

Nombre: contemplado desde el **artículo 62 al 72.**

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, **derogó** la **ley nacional 18.248:** Ley de nombre de Personas Naturales.

Derecho-Deber del uso del nombre y apellido

Al igual que la ley 18.248, y en conformidad con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el Código Civil y Comercial establece que el uso del prenombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana.

Artículo 62 CCyC: *Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.*

Al igual que su predecesora, la norma es categórica en punto a que el uso del prenombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana. De este modo, continúa la línea ya trazada por la ley 18.248 y se acopló la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria aceptando que el nombre, por tratarse de una institución compleja, cumple una doble función ya que protege intereses individuales y sociales. Entre ellos: a) es un atributo de la personalidad, y en ese sentido, al ser un elemento esencial, quien lo porta tiene derecho a usarlo y protegerlo de injerencias de terceros; y b) es una institución de policía civil en la que tiene incumbencia el Estado para permitir la efectiva identificación de las personas dentro de la sociedad. Sin desconocer ambas funciones, la doctrina es conteste en que el nombre es un derecho humano autónomo emparentado con el derecho a la identidad.

Normas relativas al prenombre, nombre individual o nombre de pila

Cómo se adquiere el nombre

Manual Budano Roig: Es conocida, aunque merecedora de alguna crítica, la opinión de Busso quien sostenía que es la inscripción que del mismo se haga en el acta de nacimiento lo que genera la adquisición del nombre individual. La aplicación de este parecer dejaría sin nombre a aquellas personas a quienes no se hubiese inscripto. Y, considerando que nadie puede carecer de nombre por ser éste un atributo de la personalidad, surgiría así un inconveniente de aquella posición.

Con independencia de otras opiniones, lo cierto es que más acertado resulta afirmar que el **nombre se adquiere** con el **uso**. Es esta la pauta que adoptara la **ley 18.248** en el último párrafo de sus **artículos 2 y 6** en lo referente al nombre de pila y al apellido, respectivamente. Y en lo que a éste se refiere, el **Código Civil y Comercial** en sus **artículos 65 y 66** sigue el mismo criterio.

PowerPoint video / Buzzallino CBC: El nombre individual o de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento del Registro de Capacidad y Estado de las Personas. Independientemente de que la persona haya nacido con vida o, luego del nacimiento, muera, corresponde inscribir su nombre en el Registro. La adquisición se da por la mera inscripción.

A quién corresponde su elección

Artículo 63 CCyC: *Reglas concernientes al prenombre. La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes:*

- a) *Corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*
- b) *No pueden inscribirse más de tres prenombrados, apellidos como prenombrados, primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombrados extravagantes*
- c) *Pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.*

Los **nombres extravagantes** quedarán sujetos al **criterio** del oficial del **Registro**; los progenitores tienen que ser criteriosos al momento de designarle un nombre a sus hijos y saber cargará con ese nombre durante toda su vida. El nombre no puede dar lugar a burlas, observaciones políticas, religiosas o cualquiera que grave en perjuicio del hijo.

Con la entrada en **vigencia** de la **ley 18.248** se **prohibía** que se inscriban a las personas con **nombres extranjeros**. Excepcionalmente se aceptaba la **traducción** o **castellanización** o cuando sea de fácil pronunciamiento y fuera el nombre de los padres. En el Código Civil y Comercial ya no lo admite.

Normas relativas al apellido

Formas de adquirir el apellido

La **forma** de adquirir el apellido de las personas, se verifica de **dos maneras distintas**:

- **Adquisición originaria**: Es la que sucede en virtud de la filiación que se da entre un padre y un hijo. No importa que sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, se prioriza la filiación.
- **Adquisición derivada**: Es la que se produce cuando una persona, puntualmente la mujer, cambia su estado civil y de ser soltera pasa a casada, o viceversa, y, al contraer nupcias, a su apellido debía de adicionar el apellido del cónyuge precedido por la preposición “**de**”.

Artículo 64 CCyC: *Apellido de los hijos El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.*

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

Hijo matrimonial: Aquel que fue concebido dentro del matrimonio; primero hubo matrimonio y posteriormente su concepción.

Respecto a los **hijos matrimoniales**, lleva el primer el **primer apellido** de algunos de los **cónyuges**, existiendo la posibilidad de ponerle **cualquiera** de sus progenitores o **ambos**. Si ninguno de ellos se pone de acuerdo respecto qué apellido ponerle o en qué orden, se determinará por **sorteo** en el Registro donde se inscribirá el nombre.

Una vez que al primer hijo deciden ponerle una determinada designación, tendrá que mantenerse el **mismo criterio** para los concebidos con **posterioridad**.

Si el hijo tiene un solo apellido de los cónyuges, cuando adquiere la mayoría de edad, podrá presentarse ante el Registro de Capacidad y Estado de las personas para solicitar que se le adicione el del otro cónyuge.

Hijo extramatrimonial: Cuando la concepción del hijo se da sin mediar matrimonio previo. La mujer dio a luz sin haber estado casada ni haber estado conviviendo con el progenitor del recién nacido.

Respecto a los **hijos extramatrimoniales**, puede operar que sea un hijo extramatrimonial con **un solo vínculo filial** porque la madre desconoce quién es el otro progenitor; en este caso, la madre lo inscribe en el Registro con su apellido.

En el caso de que existe un **vínculo afectivo** entre los progenitores y existiendo el **doble vínculo filial**, independientemente de que el hijo sea extramatrimonial y no mediare convivencia, se aplica el mismo criterio como si se tratase de un hijo matrimonial. Si no existe acuerdo entre ambos para determinar la designación del apellido, el juez determinará cuál el orden de los mismos, siempre teniendo en cuenta el interés superior del nacido.

Puede suceder que se verifique o continúe en el tiempo el **único vínculo filial** y, en un momento dado, aparezca el otro **progenitor** y reconozca al hijo. En este caso, la madre tiene la posibilidad de oponerse al cambio del apellido y, en caso de no llegar a un acuerdo, lo decidirá el juez teniendo en consideración el interés superior del niño

La **Ley 18.248** contemplaba que, si la madre fuera **viuda**, y el hijo naciera con posterioridad a los **300 días** de muerto el otro progenitor, ésta no tiene la posibilidad de ponerle el apellido del cónyuge premuerto y sólo cabía la posibilidad de que llevase el **apellido** de soltera de la **viuda**. Esto era sí porque en la época en que la ley fue sancionada, no existían las técnicas de inseminación artificial que permitían la posibilidad de que poder conservar espermias y tener hijos en años posteriores a la muerte del cónyuge.

En el caso de **abandono** de los **recién nacidos**, la cual opera la **filiación desconocida**, corresponde que un oficial del Registro Civil le asigne un nombre y un apellido común. Históricamente, cuando los niños eran abandonados, y correspondía al oficial del Registro de Capacidad y Estado de las Personas, le ponía un nombre un nombre individual y como apellido repetía otro nombre.

Artículo 65 CCyC: *Apellido de persona menor de edad sin filiación determinada. La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común. Caso especial:*

Artículo 66 CCyC: *Casos especiales. La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando.*

Cuando una persona **no tuviera apellido inscripto**, si tiene la edad y grado de madurez suficiente, puede presentarse ante el Registro de Capacidad y Estado de las Personas para solicitar que se inscriba el **apellido que está usando**.

La **ley 18.248** estipulaba que era **obligatorio** que la mujer, una vez casada, adquiriera el apellido de su cónyuge con la preposición **de**. Con la **ley 23.515**, que modifica el régimen del nombre, la mujer casada tenía la **posibilidad de optar** por adicionarle a su apellido de soltera el de su cónyuge o, caso contrario, seguirá usando el de soltera.

El **artículo 67** del **Código Civil y Comercial** estipula:

Artículo 67 CCyC: *Cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella.*

La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo.

El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

Es decir, actualmente no sólo la mujer tiene la posibilidad de optar por adicionar el apellido de su cónyuge, sino que también el marido puede adicionar a su apellido de soltero el de su cónyuge. Además, no tienen la obligación de que esté precedido por la preposición **de**, puede estar o no.

Hijos adoptivos

En el mundo del derecho existen **dos tipos** de **adopciones**: la **adopción plena** y la **adopción simple**

Adopción plena

Artículo 626 CCyC: *Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes regla*

- a) *Si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido;*
- b) *Si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;*
- c) *Excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;*
- d) *En todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.*

Adopción simple (No corta el lazo con la familia de origen)

Artículo 627 CCyC: *Efectos. La adopción simple produce los siguientes efectos:*

- a) *El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena.*

Adopción de integración

Este nuevo tipo de adopción que incorpora el Código Civil y Comercial se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. Se puede conceder con efectos de adopción plena o simple, según la valoración de las circunstancias del caso y de lo que mejor convenga al interés superior del menor de edad. Se aplicarán respecto del adoptado las reglas sobre el apellido establecidas para el tipo de adopción que corresponda.

Cambio de nombre

Principio de inmutabilidad del nombre

Existe un interés social superior en mantener la inmutabilidad el nombre que excede en mucho el mero querer particular de cambiarlo, sustituirlo o modificarlo libremente y conforme los dictados de la voluntad. En ese sentido, así la doctrina como la legislación anterior coincidían en sostener que toda alteración del nombre tiene que estar fundada en sólidos motivos, ser autorizada judicialmente y debidamente inscripta para tener efectos respecto de terceras personas.

Artículo 69 CCyC: *Cambio de nombre. El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez.*

Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a:

- a) *El seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad*
- b) *La raigambre cultural, étnica o religiosa*
- c) *La afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.*

Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

Para que opere el cambio de nombre, tienen que existir **motivos justos y necesarios** por parte del solicitante que justifiquen el cambio de ese nombre o apellido.

En primer lugar, tiene que haber siempre una **resolución judicial** que ordene el cambio de nombre. Pero más allá de la resolución, tienen que ameritar los extremos legales necesarios para que el juez considere que se están invocando motivos justos para operar el cambio de nombre.

El **juez competente** que interviene en el cambio es el de la **jurisdicción del domicilio** del Registro de Capacidad y Estado de las Personas donde esté inscripto el nombre del solicitante.

Más allá de lo que contempla la primera parte del artículo, existen supuestos en los cuales basta con presentarse ante el Registro e invocarlos para que opere el cambio de nombre, sin la necesidad de la intervención de un juez de la jurisdicción donde es competente.

Los **justos motivos** que requieren de una sentencia judicial en un proceso sumarísimo que ordene que se cambie el nombre:

- a) Puede ocurrir que una persona quiera sustituir su nombre individual por el seudónimo que venía utilizando como consecuencia de la trascendencia en la sociedad y que de esta manera a la persona se comenzó a individualizar con ese seudónimo.
- b) Si a la persona se la inscribió con un nombre cristiano y es ateo o de otra religión; o cualquier otro nombre que verifique la afectación de la personalidad, del individuo, de la raigambre cultural, étnica o religiosa.
- c) La persona puede alegar que el nombre y apellido actual le están generando un daño o perjuicio y, si lo acredita ante el juez y éste lo acepta como válido, operará el cambio.

Causas graves referentes al nombre en sí mismo

Cuando el nombre tiene una significación inconveniente, de suerte que importe para el sujeto que lo lleva un desmedro de su personalidad, ha de procurarse eliminar esa situación por la introducción en el nombre de ciertas variantes que le quiten aquella significación. En los anales de nuestra jurisprudencia se han considerado justificativos del cambio los siguientes factores:

- "Cuando el nombre tiene un significado injurioso o ridículo". Muchas veces se trata de apellidos o nombres extranjeros que en nuestro país se prestan a giros burlescos o injuriosos, tales como Miculinich o Jodzinsky, que fueron cambiados por Micolini y por Josens, respectivamente.
- "Cuando el nombre importa una lesión de los sentimientos religiosos". Tal el caso del nombre de pila Ateo cambiado por Atilio.
- "Cuando el nombre por la acumulación de consonantes resulta impronunciable". A este respecto el art. 79 de la ley 18.248 previene que "los extranjeros, al solicitar la nacionalización argentina, podrán pedir a la autoridad que la acuerde, la adaptación gráfica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación

Se requieren **justos motivos y no requieren autorización judicial** para el cambio del prenombre en razón de:

- **Identidad de género**, como lo contempla el artículo 69. Se acredita la identidad de género, si tenía nombre individual femenino y se acredita una identidad masculina, se cambia el nombre a masculino; según la autopercepción que tenga cada solicitante de su género.

- Cuando el cambio de prenombre y apellido prospere por haber sido **víctima de desaparición forzada** de persona. Puede que haya sido inscrita por una persona que no hizo los trámites correspondientes, precisamente porque se apoderó del recién nacido y le puso el nombre sin respetar los procesos legales. Como así también aquellas personas que tuvieron que irse del país frente al gobierno de facto y no quieren cargar con ese nombre como consecuencia de la vida que tiene

Procedimiento para el cambio de nombre

Artículo 70 CCyC: *Proceso. Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios.*

El **proceso más abreviado** que prevea la ley se refiere a los juicios sumarios, que no son juicios de conocimiento subordinado que son más largos y siempre interviene el Ministerio Público.

El pedido se tiene que publicar en el **diario oficial** por **dos meses** para dar a conocer a terceros que una persona está cambiando su nombre a los efectos de las deudas u obligaciones que puede llegar a tener el solicitante; para que no esté eludiendo sus créditos cambiando su nombre.

Una vez que opera el efectivo cambio de nombre, tiene que cambiarse todas las partidas, títulos y asientos donde conste el nombre anterior y anotar el nuevo.

Protección jurídica del nombre

El **nombre** está **protegido** por **dos acciones**:

- **Acción de reclamación de nombre** (inciso a) del artículo 71)
- **Acción de usurpación de nombre**

Artículo 71 CCyC: *Acciones de protección del nombre. Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:*

- Aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado*
- Aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso*
- Aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.*

En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia.

Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.

- En primer término, se encuentra prevista la acción de **reclamación** o **reconocimiento**, que es aquella que tiene la persona a quien se le ha desconocido o negado su nombre para que se le reconozca, prohibiéndose su ulterior impugnación. Se requiere, por tanto, que el demandado haya desconocido el nombre de quien lo porta legalmente.

b) Este inciso es **impugnación**. Suelen darse situaciones en las que una persona descubre que otra se está haciendo pasar por ella, utilizando su nombre y apellido, documentación falsa que lo acredita y todo eso lo hace con intencionalidad. En este caso, se tendrá que iniciar una acción de impugnación del nombre para impedirle, a la persona que usurpó el nombre en cuestión, que siga utilizándolo. Más la reparación por daños y perjuicios por el usufructo con el nombre.

c) Cuando el nombre de una persona se aplican a objetos o nombres de fantasía con fines de entretenimiento o para causar alguna gracia y de esta manera perjudicar o generarle algún daño a quien tenía ese nombre como tal. En este contexto, la persona puede **impugnar** el nombre para que cese su uso.

Todas estas **acciones**, principalmente las de impugnación, pueden ser ejercidas exclusivamente por el **interesado**. Sin embargo, si la persona ha fallecido y, posterior a su muerte, se da alguna de las situaciones contempladas en los incisos mencionados, sus **descendientes, cónyuges, convivientes**, y a falta de esto, los **ascendientes o hermanos** también puede ejercer excepcionalmente la **acción de impugnación**.

Video 12: El domicilio de las personas humanas en el Código Civil y Comercial

Domicilio. Concepto.

El domicilio constituye el **asiento jurídico** de una persona o como el **lugar** en que la **ley sitúa** a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho.

El domicilio contribuye a la eficacia de las relaciones y situaciones jurídicas desde que cumple una importante función jurídica y social. Por ello la ley dispone lo necesario para que, mediante su atribución, en ocasiones forzosa y en otras hasta ficticia, todos los individuos que componen el tejido social pueden ser localizados tanto por los demás habitantes como el Estado mismo.

Para el derecho, el domicilio es el lugar donde la ley presume que siempre una persona ha de estar para hacer frente a sus derechos y a sus obligaciones, independientemente que efectivamente viva o no ahí.

Cabe aclarar la **diferencia** entre **domicilio, residencia y habitación**.

La **residencia** es el lugar donde habita la persona ordinariamente junto a su familia. A veces el domicilio puede coincidir con la residencia y en otras circunstancias no necesariamente se da esta coincidencia.

La **habitación** es el lugar donde accidentalmente una persona fija su residencia. Es decir, fija su residencia de forma excepcional porque se encuentra en un lugar de manera circunstancial o temporal.

Ejemplo: Cuando una persona se va de vacaciones y alquila una cosa por el tiempo que estará en ese lugar. También los enfermos que tengan que hacer tratamientos prolongados en un hospital y no puedan salir de él.

Características del domicilio

- **Legal:** Siempre está fijado por ley y ésta es la que determina si una persona tiene un domicilio legal o real.
- **Necesario:** Constituye una exigencia jurídica ya que ninguna persona puede carecer de domicilio; por un lado, porque es un atributo de la persona y, por otro, porque la finalidad del domicilio es poder ubicar en ese domicilio para notificarlo de todos los procesos abiertos que esté vinculado (recibir un crédito, contraer una obligación). Sin domicilio, la persona quedaría sin soporte territorial para sus derechos y obligaciones.
- **Único:** A los efectos legal, solo se puede poner un único domicilio. Sin embargo, existen casos donde una persona puede tener más de uno.

- **Inviolable:** Nadie puede allanar el domicilio de una persona. Sólo podrá ser allanado por un juez competente. Esta característica está contemplada en el artículo 17 de la Constitución Nacional: “la propiedad es inviolable”.

Función o utilidad jurídica del domicilio

Los **efectos** del domicilio son:

- **El domicilio sirve para determinar la ley aplicable.**
Ejemplos: La capacidad de ejercicio de las personas se rigen por la ley del domicilio de esa persona; en el caso de los incapaces, además, se tendrá en cuenta si el domicilio se extiende al domicilio de su representante legal.
Los bienes muebles que la persona lleva consigo serán regidos por la ley del lugar donde la persona tenga su domicilio. Respecto a las cosas inmuebles, siempre la ley que regirá es la del lugar donde se encuentran ubicados. En cuanto al proceso sucesorio, es la ley del último domicilio del causante.
- **El domicilio determina la competencia de los jueces.**
Ejemplos: En los casos de ausencia simple o con presunción de fallecimiento, el juez que entiende es el competente de la jurisdicción del último domicilio del ausente. Para la desaparición forzada, es el juez del domicilio del peticionante. En los juicios sucesorios, el juez que interviene será el del último domicilio del causante Rige el principio general del derecho: *forum rei sitae*
- **El domicilio será útil para las notificaciones que hay que correr traslado a la persona.**
Ejemplo: El domicilio servirá para notificar a la persona para trámites, que pague las obligaciones correspondientes. Que reciba la carta documento para que se presente a mediación, que reciba la demanda; en el caso penal, que se notifique por telegrama que se presente a la declaración indagatoria

Clasificación del domicilio

Domicilio general y domicilio especial

Domicilio general: es el domicilio que se aplica a la generalidad de los derechos y obligaciones de las personas.

- **Domicilio real:**

Artículo 73 CCyC: *Domicilio real. La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.*

- **Domicilio legal:**

Artículo 74 CCyC: *El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo*

- **Domicilio especial:** El domicilio especial, es aquel que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. Por ello, a diferencia del domicilio general el especial, no es necesario, puede ser múltiple y puede cederse, hasta incluso puede perdurar en el tiempo, cual es el caso de que se transmita a los herederos. Culminada la relación jurídica, se extingue el domicilio.

Artículo 75: Domicilio especial. Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan.

Más allá del domicilio real que los particulares estipulen al comienzo del contrato, en el contrato además de individualizar cuáles son las partes del contrato, sus nombres, DNI, se puede contemplar un domicilio al solo efecto de cumplir la prestación que ese contrato contempla.

Tipos de domicilios especiales:

Domicilio Procesal: Es el que constituye todo litigante, cuando inicia un juicio, a fin de ser notificado en de todos los actos procesales susceptible de ello. En el escrito que donde se contempla la denuncia, no sólo establecer el domicilio real, sino que, además, el domicilio del lugar donde el abogado que lo representa ejerce su profesión.

A partir de 2012, la persona que inicia un juicio, además de los dos domicilios mencionado, también tendrá que mencionar su domicilio electrónico, virtual o digital: consiste en el CUIT del profesional. Es un correo electrónico que dispone la Cámara Nacional en materia de apelaciones que depende de la Justicia Nacional.

Domicilio Comercial: Es el de los comerciantes, y produce efectos para el cumplimiento de las obligaciones emergentes del ejercicio de dicha profesión. Toda deuda que el comerciante tenga en materia de gravamen o tributario, o cualquiera que surja de la actividad comercial, lo recibirá en ese domicilio donde ejercerse tal actividad.

Domicilio laboral: Es el domicilio que se constituye en el lugar donde una persona ejerce la actividad o profesión laboral, siempre que mediare contrato de trabajo. En este domicilio se notifican los aumentos salariales, las suspensiones, sanciones, despidos. Ante cada cambio de lugar de trabajo, cambiará el domicilio también.

Domicilio Matrimonial: Es el domicilio común de los cónyuges, que rige a fin de determinar la jurisdicción en caso de divorcio o nulidad del matrimonio.

Régimen jurídico del domicilio general

Domicilio real

Artículo 73 CCyC: Domicilio real. La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

El **domicilio real coincide** con su **residencia**. Es el lugar donde la persona convive con su familia en forma habitual y que está contemplado en el DNI.

Error con el segundo párrafo: Si una persona, además de vivir con su familia en un lugar determinado, desempeñara actividades económicas o profesionales en otro lugar, donde **vive** con la familia será el **domicilio real** y donde **ejerce sus actividades** económicas o profesionales será **domicilio especial**. No se establece el domicilio real donde trabajase la persona, son dos cuestiones distintas.

Vélez Sarsfield lo contemplaba de la siguiente manera:

Artículo 94 Código Vélez: Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

Características

- **Voluntario:** Es voluntario, ya que su constitución, mantenimiento y extinción dependen de la voluntad de la persona a quien afecta, por oposición al domicilio legal.
- **Libre elección:** Es de libre elección, ya que la ley garantiza la libertad del interesado para elegir su domicilio y trasladarlo al lugar de su conveniencia o sus posibilidades.

Elementos del domicilio real

- **Elemento material** o *corpus*: Se refiere a la residencia efectiva de la persona en un lugar. Para quienes, por razón de sus ocupaciones, hábitos viajeros o cualquier causa, su residencia aparece dividida en varios lugares, se hace necesario determinar cuál es el asiento principal de esa persona.
- **Elemento intencional** o *animus*: Consiste en la intención de permanecer en el lugar y de constituir allí el centro de los afectos e intereses, aunque tal designio no sea para siempre, bastando que sea por tiempo indefinido.

¿Cómo se constituye el domicilio real?

El domicilio real se adquiere cuando se verifican **conjuntamente** los dos elementos: *corpus* y *animus*. No sólo se detenta la posesión porque una persona viva con su familia en un lugar de manera efectiva, sino que además la intención de vivir en ese lugar de forma constante y sea el centro de sus afectos e intereses.

De todas formas, una vez constituido el domicilio real, su mantenimiento se produce con la sola subsistencia de uno de los elementos nombrados; y la extinción procede cuando se constituye un domicilio real nuevo.

Respecto a la **duración** o **conservación** del **domicilio real**, el Código Civil y Comercial no contempla nada. Vélez lo establecía en el **artículo 99**:

Artículo 99 Código Civil: El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro.

¿Cómo se cambia el domicilio real?

Para el cambio de domicilio, es necesario que se verifiquen los **dos elementos**.

Artículo 77 CCyC: *Cambio de domicilio. El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella.*

*El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro (**corpus**) con ánimo de permanecer en ella (**animus**).*

Domicilio legal

Este tipo de domicilio no es determinado por la residencia efectiva de la persona en un lugar determinado, sino por la propia ley. La razón de ser de este tipo de domicilio general se encuentra en que la ley, en ciertos supuestos, ha preferido atribuir ella misma el domicilio a determinadas personas bajo ciertas circunstancias. Al disponer tal cosa, quitó significado jurídico al domicilio real de éstas.

Artículo 74 CCyC: *Domicilio legal. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales:*

- a) *Los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión*
- b) *Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando;*
- c) *Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual*
- d) *Las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes.*

Con sin *admitir prueba en contra*, la ley presupone que la persona **ha de encontrarse** en ese lugar **sí o sí** para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Más allá de que el común de los particulares tengan domicilio real fundado en la residencia, hay personas que, dada la actividad que tienen, que no poseen este tipo de domicilio, sino que tienen un domicilio legal; y siempre son estipulados por la ley.

Los **funcionarios públicos** por el rol que ejercer y el tipo de compromiso frente a la sociedad, para ubicarlos o notificarlos, se lo hará en el lugar donde ejercen su actividad como tal.

En la actividad o sistema público existe un sistema de jerarquías (es decir, no todos los que trabajan para el Estado tienen la misma categoría), entonces el domicilio legal se refiere a aquellas personas que tienen la categoría de **personal jerárquico** dentro de la **administración pública: jueces, ministros.**

Puede darse la situación de un funcionario del gobierno nacional que, dada la actividad que ejerza, debe hacerlo en **distintos puntos geográficos** del país, tenga jurisdicción federal: **en cada lugar** donde desempeñe sus actividades como funcionario público tendrá un domicilio legal más allá del principio que establece que el domicilio legal es único.

Respecto a los **militares en servicio activo**, es decir, aquellas personas que hayan hecho la carrera militar y estén trabajando como tal, tendrán el domicilio en el lugar donde ejerzan sus actividades inherentes a la profesión. Este inciso sólo contempla al militar activo, no así a los militares ya retirado o jubilados.

Se consideran con domicilio legal los **auxiliares militares**, aquellos profesionales que asisten al ejercicio del

Los **transeúntes** en el lenguaje del Código son los vagabundos que pasan de un lugar a otro sin detenerse en ninguno.

Los **trabajadores ambulantes** son los que por razón de su oficio están precisados a pasar de un lugar a otro, pero a diferencia de los anteriores tienen un oficio conocido aunque no un domicilio conocido: puede ser el caso de los viajantes de comercio.

Los **carentes de domicilio conocido** son los que, sin encuadrar en las categorías anteriores, con todo se aproximan a ellos en cuanto son de domicilio desconocido. Pero no sólo desconocido actualmente sino ignorado desde siempre, pues si alguno fuese conocido ese sería el domicilio mientras no se hubiese constituido uno nuevo.

Se contempla también a las personas que no tienen un **inmueble propio o alquiler fijo**, sino que cada cierto período de tiempo se van mudando a distintos lugares. Para poder ubicarlas o notificarlas, el domicilio será el actual o último conocido al momento de su ubicación o notificación.

Características del domicilio legal

- Es **forzoso**, en cuanto lo impone la ley independientemente de la voluntad del interesado.
- Es **ficticio** o **puede serlo**, pues la ley supone una presencia del interesado en ese lugar, que puede no ser real.

- Es **excepcional y de interpretación restrictiva**, en el sentido de que funciona solamente en las hipótesis previstas por la ley, sin que estas situaciones puedan extenderse por analogía a otros supuestos.
- Es **único**, pues cuando concurren varios hechos constitutivos de domicilio legal hace que sólo uno de esos hechos se tome en cuenta para fijar el domicilio de la persona.

Duración del domicilio legal

El **Código Civil y Comercial** no contempla cuánto será la duración del domicilio legal, sí se encontraba estipulado en el **Código Civil de Vélez**:

***Artículo 91 Código Vélez:** La duración del domicilio de derecho depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar que se habite*

El **domicilio legal** se mantendrá mientras que la persona **conserva** este **trabajo** o **actividad** que lo amerita. Extinguido este, finaliza la duración del domicilio legal y sólo mantendrá el domicilio real que es donde habite que su familia.

En el caso de que una **empresa** tenga más de una **sucursal**, la **casa central** es el **domicilio legal** y las **sucursales** tendrán todos **domicilios especiales**.

Domicilio especial

El **domicilio especial** es aquel lugar fijado a veces por la ley y con mayor frecuencia por los particulares en los actos jurídicos que celebran, en donde deben producirse la generalidad de los efectos propios de las relaciones jurídicas generadas por aquellos actos.

***Artículo 75 CCyC:** Domicilio especial. Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan.*

Comparación del derecho especial con el derecho general

- El domicilio especial no es necesario, el general sí lo es. Si no se concibe que alguien carezca de domicilio general ya que es un atributo de la personalidad, es perfectamente posible que la persona no tenga constituido domicilio especial alguno.
- El domicilio especial puede ser múltiple, mientras el general es forzosamente "único". No hay objeción para que la persona acumule a su propio domicilio general uno o varios domicilios especiales, todos los cuales funcionarán divergentemente.
- Igualmente, como atributo de la persona, el domicilio general termina con ella en tanto que el domicilio especial puede perdurar: así el domicilio convencional se transmite a los herederos.

Domicilio ignorado

***Artículo 76 CCyC:** Domicilio ignorado. La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si éste también se ignora en el último domicilio conocido.*

Video 13: El estado civil como atributo de la persona humana en el Código Civil y Comercial

Este atributo es **exclusivo** de las **personas humanas** o de **existencia visible**.

El estado es la **posición jurídica** que una persona ocupa dentro de la sociedad; o también es el conjunto de las **calidades extrapatrimoniales** determinantes de su **situación individual y familiar**.

Cabe destacar que, al hablar de estado de las personas, se están analizando las distintas cualidades que tiene una persona humana en su interrelación con el Estado y con otros particulares. Es por eso al preguntarse el estado de una persona hay que verificar si es argentino o extranjero, si está casada o no, si asume su rol de padre, si es cónyuge, hijo o conviviente, si es mayor o menor de edad, si padece alguna incapacidad, etc.

Origen del estado de las personas

En el **derecho romano**, no se hablaba de **estado** sino de **status**. La persona podía verificar **tres tipos de status**:

- **Status libertatis**: En Roma, el primer requisito para que el hombre fuera sujeto de derecho era el status libertatis, es decir, la condición de libre. El esclavo era persona, pero no sujeto sino objeto de derechos; solo el hombre libre puede ser sujeto de derecho.
- **Status civitatis**: Diferencia a las personas que tenían ciudadanía o eran originarios de Roma de aquellos que eran extranjeros. El ciudadano romano gozaba de todas las prerrogativas establecidas en las distintas leyes, del derecho civil, tanto en orden privado como público.
- **Status familiae**: Se entiende por tal la distinta posición en que un hombre libre y ciudadano puede encontrarse con relación a determinada familia. En ese sentido, tanto el *alieni iuris*, es decir, el que está sujeto a potestad como el sui iuris, o sea, el que no lo ésta, tienen un status familiae; pero solo el último goza de plena capacidad jurídica y puede ser titular de toda clase de derechos.

En **Roma**, una persona podía **ser capaz**, es decir, tener la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones cuando verificara los **tres status al mismo tiempo**.

Régimen del estado de las personas en la actualidad

En la actualidad, el **status libertatis** desaparece. El **artículo 15** de la **Constitución Nacional** deroga la esclavitud bajo ningún concepto.

En cuanto al **status civitatis**, en la práctica se perdió la distinción entre un argentino nativo o un ciudadano del extranjero, ya que el artículo 16 de la Constitución Nacional reconoce que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, existiendo un principio de igualdad que no distingue los derechos que puede tener unos y otros.

El único estado que subsiste actualmente es el **status familiae**, sin embargo, se traduce en **estado civil**.

Efectos de estado de las personas

- **Influencia del estado civil sobre los otros atributos de la personalidad**: En lo que al nombre infiere, el estado civil determina no sólo el apellido de las personas sino que da derecho a los padres a elegir el nombre de pila de los hijos. En cuanto al domicilio, es el estado civil de hijo el que determina la fijación del de los menores. Es atributo también del domicilio de origen y da lugar al conyugal.
- **Genera la sociedad conyugal**: Da origen a la sociedad conyugal, denominada actualmente “comunidad de bienes” que es la que, por ejemplo, los esposos conforman, desde el punto de vista patrimonial, a partir de la celebración del matrimonio.

- **Origina el derecho de familia:** Es fuente de todo el derecho de familia, de las acciones que en éste se originan, tales como la de reclamación e impugnación de estado y, en gran parte, del derecho hereditario.
- **Imposición de deberes:** Impone el estado civil una serie de deberes, tales como prestar asistencia alimentaria, denunciar la orfandad, la demencia, la vacancia de tutela o curatela.
- **Influencia sobre el derecho procesal:** Ejerce su influencia en el derecho procesal suministrando causales de tacha a testigos, generando impedimentos para deponer como tales en el caso del cónyuge de quien fuera parte en una litis, de fundamento para recusación a los jueces con el motivo del parentesco con alguno de los litigantes o les permite a aquéllos excusarse de intervenir por el mismo motivo.
- **Influencia sobre del derecho penal:** Sobre el derecho penal extiende sus derechos, dando origen al delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, actuando como agravante de algunos delitos (parricidio, filicidio) o como eximente de otros (hurto o daños).

Características del estado de las personas

- **Inalienable:** Porque esta fuera del comercio de los hombres, no se puede dar, intercambiar, vender ni comprar.
- **Imprescriptible:** ya que no admite prescripción, esto significa que no se pierde ni se logra por el simple pasaje del tiempo
- **Irrenunciable:** porque las personas no pueden voluntariamente renunciar a él.
- **Indivisible:** Las personas no pueden hacer un uso relativo o parcial del rol que la ley imponga, pudiéndose fraccionar o dividir en partes alícuotas o proporcionales
- **Reciprocidad:** A cada estado corresponde otro estado correlativo. Así, al estado de cónyuge esposo corresponde el estado de cónyuge esposa, al de padre el de hijo y así sucesivamente con todos.

Acciones de estado

El **estado civil** de las personas se encuentra resguardado por el ordenamiento jurídico a través de las denominadas acciones de estado: **reclamación de estado** y la de **impugnación de estado**

- **Acción de reclamación de estado:** Mediante el ejercicio de esta acción, el actor persigue que el demandado le reconozca un determinado estado civil que éste le niega.
El caso más frecuente es la de paternidad matrimonial o extramatrimonial que ejerce el hijo contra su padre que desconoce la existencia del vínculo (**Artículo 582 CCyC**). Otro ejemplo es la que puede entablar quien intente ser reconocido como cónyuge en casos de nulidad del acta de matrimonio por vicio formal

Artículo 582 1°, 2° y 3° párrafo CCyC: Reglas generales. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.

El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

- **Acción de impugnación de estado:** Es esta la que promueve quien tiene interés legítimo en que se declare la inexistencia o la falsedad de un estado civil que el demandado se atribuye indebidamente.

Tal sería el caso de una acción de impugnación de paternidad cuyo fundamento puede obedecer a diferentes razones (imposibilidad de acceso carnal con la madre del demandado durante la época de la concepción, o que ésta hubiese ocurrido después del cese de la convivencia de los esposos por las razones que fueran) (**Artículo 588 y ss.**)

Propiedad y posesión del estado

Habría **propiedad de estado** cuando una persona ejerce un estado, en este caso civil, correspondiente y además tiene el título o partida de tal.

Por ejemplo: Ejerce el estado civil de cónyuge y tiene la partida de matrimonio; si un progenitor tiene hijos inscriptos oportunamente en el Registro Civil, tiene el título de padre.

La **posesión de estado** es cuando las personas hacen como que tienen el título de estado pero no tienen ninguna documentación que los respalde, ninguna prueba que amerite la propiedad de ese estado.

Por ejemplo: Si dos personas que mantienen una relación afectiva están conviviendo, en tanto y cuanto no inscriban la convivencia en el Registro de Capacidad y Estado de las Personas, para el derecho civil no tiene relevancia alguna.

La doctrina más moderna establece, respecto a las personas, no hay posesión sino **cuasiposesión**.

La **cuasiposesión** en el **derecho romano** exigían los siguientes **elementos**:

- **Nomen:** Que la persona que busca la filiación haya usado siempre el apellido del que pretende que sea el padre o de la madre.
- **Tractatus:** Que los padres le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre.
- **Fama:** Que la persona tenga la reputación a los ojos del público de poseer el estado que aparece, es decir, que toda la familia, amigos y círculos cercanos consideren que esa persona es hija de quien pretende la paternidad. Cumpliendo con estos tres elementos, eventualmente podía gozar de la titularidad o servía para ameritar la titularidad.

En el **derecho argentino**, de estos tres elementos, la doctrina y jurisprudencia sólo reconocen al **tractatus** para ameritar la cuasiposesión.

En muchos casos, cuando una persona ejerce la **cuasiposesión de un estado**, con el **tractatus**, en algún punto podrá lograr adquirir el título y **adquirir** a su nombre este vínculo respecto del cual carece de **propiedad de estado**.

Aplicación de la posesión de estado

Posesión de estado y matrimonio

Este es el caso de reclamación de estado civil de cónyuge en caso de matrimonio nulo por vicio de forma. En este sentido, si bien el **artículo 423 del Código Civil y Comercial** establece que, en ausencia de partida, certificado o libreta de casamiento la posesión de estado por sí sola no es suficiente para acreditar el estado de casado o para reclamar los efectos civiles del matrimonio, al propio tiempo, en su último párrafo dicha norma establece que si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio

Artículo 423 CCyC: Regla general. Excepciones. Posesión de estado. El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

Posesión de estado y reconocimiento de hijos

Artículo 584 CCyC: Posesión de estado. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético.

Posesión de estado y negación de la filiación presumida por ley

Artículo 591 CCyC: Acción de negación de filiación presumida por la ley. El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Posesión de estado y adopción de personas mayores

Artículo 597 CCyC: Personas que pueden ser adoptadas. Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.

Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando:

- a) Se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar*
- b) Hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.*

Prueba del estado civil

Artículo 96 CCyC: Medio de prueba. El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil.

Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República.

La rectificación de las partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial.

De la propia importancia que reviste todo lo que refiere al estado civil de las personas, surge la necesidad de acreditar fehacientemente los hechos que lo constituyen. De allí la atención particular que el ordenamiento jurídico dispensa a las denominadas **partidas de Registro Civil** desde que son el **medio idóneo** por el cual se probarán los **hechos y actos jurídicos** constitutivos del estado civil, tales como el nacimiento, la filiación, el matrimonio, el divorcio, la defunción, la adopción o el reconocimiento de los hijos.

Dichas **partidas** son los **asientos** de los hechos (nacimiento, defunción) o actos jurídicos (matrimonio, adopción) que constituyen el estado civil de las personas en los **libros** respectivos que lleva a ese efecto un organismo denominado **Registro de Estado y Capacidad de las Personas**. Actualmente, el Registro se encuentra organizado por la **ley 26.413**

También se da nombre de **partidas** a las **copias** de esos **asientos** que extiende el mismo Registro.

Naturaleza jurídica y régimen legal de las partidas

En cuanto a su naturaleza jurídica, las **partidas** son **instrumentos públicos**, conforme surge de lo dispuesto en el **inciso b** del **artículo 289** del **Código Civil y Comercial**.

Artículo 289, inc. b CCyC: *Enunciación. Son instrumentos públicos:*

b) Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;

Este artículo coincidió con lo que establece el **artículo 23** de la **ley 26.413** en cuanto dispone:

Artículo 23 – Ley 26.413: *Los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general y/o sus dependencias que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en las copias a que se refiere el artículo 5º y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código Civil.*

Prueba supletoria:

Artículo 98 CCyC: *Falta de registro o nulidad del asiento. Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba.*

Video 14: La capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial. Introducción

Capacidad. Concepto

La **capacidad** es la **aptitud** de una persona para **adquirir derechos y contraer obligaciones**.

La capacidad se **subdivide** en **dos**: la **capacidad de ejercicio** y la **capacidad de derecho**.

Capacidad de derecho

Artículo 22 CCyC: *Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*

Incapacidad de derecho

Existen situaciones en las que las personas, en determinadas situaciones, la **ley les prohíbe adquirir** y ser **titulares de derechos o bienes**. Es decir, por el **tipo de persona** que son y, además, por la naturaleza **del hecho** que van a realizar, la ley imposibilita esa persona la celebración de un acto jurídica que implique la adquisición de un bien a su nombre.

Eventual y excepcionalmente, se contempla la **incapacidad de derecho**. Esta incapacidad es la **falta de aptitud** para poder ser titular de un derechos, bienes o cosas.

La **regla jurídica** es la **capacidad de derecho** y la **incapacidad de derecho** es la **excepción**. Esto quiere decir que todas las personas son capaces de derecho y, excepcionalmente, en determinadas circunstancias, la ley veda la posibilidad de ser titulares de bienes y derechos.

En la incapacidad de derecho, a diferencia de la incapacidad de ejercicio, el derecho **no enumera** a las personas que entran en esta categoría; sino que existen **supuestos de incapacidad de derecho**. Con esto, la incapacidad no recae sobre la persona, sino sobre la actividad que ejerce, qué tipo de persona es y qué actos se están celebrando.

Características de supuestos de incapacidad de derecho

- **La incapacidad de derecho nunca es absoluta:** La prohibición legal de ser titular de un bien, no puede comprender a todos los derechos ni a todos los bienes que una persona desearía o pudiera adquirir. Ya que, si a una persona se le prohibiría la totalidad de las adquisiciones que quisiera realizar en el mundo del derecho, se presentaría un sistema que iría en contra de la **moral, buenas costumbres y orden público** y, también, del **derecho natural**. La persona sería declarada como muerta civilmente y que en nuestro derecho no tiene lugar (artículo 103 Código Civil de Vélez). Consecuentemente, son relativos porque a la persona sólo se le prohíbe adquirir determinados derechos o realizar determinados actos, en los supuestos que la ley dispone.

Ejemplo: Cuando se veda al abogado que pueda convertirse en dueño de las cosas de su cliente se le impone una incapacidad de derecho para adquirir tales cosas, en resguardo del buen manejo de los intereses ajenos cuya defensa se le ha encomendado. Sin embargo, la incapacidad no opera respecto sobre cualquier otro contrato que pueda celebrar para la adquisición de bienes; sino que la incapacidad sólo se limita a los bienes de su cliente.

- **Fundamento:** el fundamento de la prohibición que se le imputa a la persona para ser titular está basado en razones de moral, buenas costumbres y orden público; es decir, contempla aquellas cuestiones vinculadas a situaciones que podrían afectar el orden público y demás.

*Ejemplo: Artículo 2482 CCyC: Personas que no pueden suceder. No pueden suceder por testamento:
c) Los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad.*

Puede darse la situación de personas religiosas, que practican distintos cultos, y que se encuentran en una circunstancia previa a su muerte, se le designe un sacerdote o guía espiritual para darle consuelo y acompañamiento; sin embargo, esta persona que asiste al moribundo, bajo ningún concepto podrá adquirir los bienes de éste ni sucederle por testamento.

- **El fundamento que se da, siempre tiende a la tutela.** En este caso, corresponde preguntarse a quién protege la prohibición impuesta por la ley: al interés u orden público. Es decir, dada la situación en la que una persona adquiere la titularidad de un bien, cuya prohibición contempla la legislación, afectaría al interés general.
- Si se verifican supuestos de incapacidad de derecho, consecuentemente serán considerados **nulos de nulidad absoluta**, que bajo ningún concepto tendrá validez el acto celebrado.
- La incapacidad de derecho **no puede** ser salvada mediante la **representación**, no opera la figura del representante en estos supuestos. La persona imposibilitada para la adquisición de derechos o bienes no puede contratar un representante para que éste actúe en su nombre para que opere la adquisición y, consecuentemente, la titularidad.
- La incapacidad de derecho siempre se rige por la **ley del territorio**, es decir, una persona será considerado incapaz de derecho para ejecutar un acto jurídico conforme lo que establece la ley positiva de ese territorio respecto a los supuestos de incapacidad de derecho.

Supuestos de incapacidad de derecho

Artículo 1160 Código Civil Vélez: *No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.*

Análisis del artículo

Este artículo contempla quiénes no pueden celebrar contratos que impliquen la transferencia de bienes a su nombre y transformarse en titulares de éstos.

“Los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas”, es decir, existen personas que no pueden contratar entre sí y que opere la transmisión de bienes como consecuencia del vínculo que tienen: los **cónyuges entres sí**, los **padres con los hijos**, los **tutores con sus pupilos**, los **curadores con las personas a su cargo**.

Sin embargo, los padres, en principio, no pueden celebrar contratos que implique la transmisión de bienes con los hijos, pero respecto a aquellos hijos que fuesen menores de edad al momento de la celebración. Esto es así porque en la menoría de edad esto no puede suceder como consecuencia de la representación que ejercen los padres sobre sus hijos que, de celebrarse el acto, opera la **confusión** y se extingue la obligación.

Siendo los hijos mayores de edad, no hay imposibilidad de celebrar un contrato de transmisión de bienes. Sin embargo, este acto debe ser celebrado, por un lado, por escritura pública (ya que una transmisión de un derecho real) y, además, contar con la conformidad de todos los hermanos (con las firmas en el documento público) porque, si se venden los bienes a un solo hijo, estarían desheredando al resto.

“Ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos”. Esta proposición funciona como aclaración de lo anterior, en el primero se menciona la incapacidad en términos generales y con éste se especifica en lo relativo a cada contrato que se celebre.

“Ni los religiosos profesos de uno y otro sexo.”

Son **religiosos profesos** los individuos de uno u otro sexo que han ingresado a una **congregación** u **orden**, haciendo votos de **obediencia, pobreza y castidad**. La **incapacidad** de los religiosos profesos se extiende no sólo a los **contratos**, sino también a la **patria potestad**, a la **tutela**, a la **calidad de testigo en instrumento público**, a la **fianza** y al **ejercicio del comercio**. Según previene el artículo 1160 esta incapacidad **cesa**: cuando se trata de **compras al contado de cosas muebles**, o cuando el profeso **obra a nombre de su convento**. Es claro que esta última disposición no importa una cesación de su incapacidad de derecho, porque la adquisición de los respectivos derechos en esa hipótesis no se hace a favor del religioso profeso sino a favor de la congregación u orden a la que pertenece. Por tanto, ha de concluirse que la incapacidad de contratar, sólo cede cuando se trata de la compra al contado de cosas muebles.

“Ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso”

Los comerciantes fallidos son aquellos que entraron en la figura del concurso y la quiebra. Entonces, cuando se encuentren en esta situación, donde su patrimonio queda inmovilizado, el titular de esos bienes no puede disponer de ellos y por consiguiente es incapaz.

También se aplica a los individuos particulares que contraen muchas deudas y, luego, todos los acreedores realizan una ejecución colectiva. O directamente el particular solicita ante un juez el concurso preventivo y, consecuencia, no pueden disponer ni enajenar sus bienes. Sin embargo, como la incapacidad es relativa, ésta se aplica sobre los bienes que conforman su patrimonio al momento de iniciar el concurso preventivo pero, si el deudor recibe bienes por donación o legado, puede ser titular de ellos.

Actualmente, el **artículo 1160 del Código de Vélez** se encuentra contemplado en el **artículo 1001 del Código Civil y Comercial**

Artículo 1001 CCyC: *Inhabilidades para contratar. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.*

Este artículo no termina de ser muy claro, es por eso que se lo debe ampliar con el artículo 1160 del Código de Vélez.

Capacidad de ejercicio

Artículo 23 CCyC: *Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*

Sujetos incapaces de ejercicio

Artículo 24 CCyC: *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) La persona por nacer b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

Vélez no hablaba de incapacidad de ejercicio, sino de **incapacidad de hecho**. Los incapaces de hechos se dividían en **dos**:

- **Incapaces de hecho absoluto (art. 54 Cód. Vélez):** No podían ejercer ningún derecho por sí mismo, por más que tengan la titularidad. Siempre necesitaban de la representación de sus padres, curadores o Ministerio Público. Comprendía a las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que saben darse a entender por escrito.
- **Incapaces de hecho relativo (art. 55 Cód. Vélez):** Eran aquellos que en principio no podrían ejercer ningún derecho por sí mismo, pero existían ciertos derechos que paulatinamente podían ejercer. Comprendía a la mujer casada (potestad marital) y los menores adultos.

Incapacidad de ejercicio

La **incapacidad de ejercicio** es la **falta de aptitud** para **ejercer derechos** o **contraer obligaciones** por sí mismo que tiene una persona.

Características de la incapacidad de ejercicio

- La incapacidad de ejercicio se instituye en razón de una **insuficiencia psicológica** o **discernimiento del sujeto** para el pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se contempla la autonomía progresiva de la persona conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores o tutores en el ejercicio de los derechos de los representados.
- Se supla por la institución de un **representante** o **tutor** que remedia la incapacidad.
- **Se establece para amparar al sujeto sobre quien recae:** es una medida de protección que se ha instituido para poner al titular de los bienes a cubierto de los inescrupulosos que quisieran aprovechar de su insuficiente madurez
- La incapacidad da lugar a la **nulidad del acto jurídico** obrado en contravención de la ley. En general, siempre la nulidad acompaña a toda incapacidad; es como su contrapartida, porque es la reacción de la ley contra los que la contravienen. Frente a una incapacidad de ejercicio la ley reacciona benignamente e impone al acto obrado una nulidad relativa, que sólo puede ser articulada por el incapaz

Los **incapaces de ejercicio** se encuentran enumerados en el **artículo 24 del Código Civil y Comercial:**

Artículo 24 CCyC: *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

- a) *La persona por nacer*
- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*
- c) *La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*

En relación al inciso c)

Artículo 32 CCyC: *Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Representación de personas incapaces

Artículo 100 CCyC: *Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.*

Los incapaces de ejercicio sí verifican la figura de la representación para salvar o zañar los actos jurídicos que no pueden ejecutar por sí mismo. Situación que no se contempla en los incapaces de derecho.

Artículo 101 CCyC: *Enumeración. Son representantes:*

- a) *De las personas por nacer, sus padres*
- b) *De las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe*
- c) *De las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.*

Los **representantes** no pueden sustituir al incapaz en los **actos personalísimos**, tales como **matrimonio, otorgar testamentos, reconocer hijos extramatrimoniales, votar**

Inhabilitados en el Código Civil y Comercial

Para el **Código Civil y Comercial**, el texto no contempla todos los casos del **artículo 152 bis** del **Código de Vélez** (alcohólicos, toxicómanos, pródigos), sino que sólo estipula la inhabilidad respecto de los **pródigos**.

Artículo 48 CCyC: *Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.*

Por otro lado, mantiene la **designación de un curador de apoyo** como lo establecía el texto normativo de **Vélez**

Artículo 49 CCyC: *Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.*

Artículo 50 CCyC: *Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.

Respecto a los otros dos supuestos, **alcohólicos y toxicómanos** (o que tengan sus facultades mentales disminuidas) fueron sacadas del artículo 152 bis y no fueron contempladas en el artículo 48.

Consecuentemente, el **Código Civil y Comercial** las denomina **personas con capacidad restringida** (y no inhabilitados ya que podía considerarse discriminatorio).

La capacidad restringida se plasma en el **artículo 32** del **Código Civil y Comercial**

Artículo 32 CCyC: *Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

En estos supuestos, en vez de llevar adelante un juicio de inhabilitación, se realiza un juicio de determinación de la capacidad y, si realmente ésta se amerita, será considerada persona con capacidad restringida.

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

Artículo 43 CCyC: *Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En la **sentencia que inhabilita** a una persona, además de designar un **curador asistente**, éste no podrá disponer de sus bienes por actos entre vivos; es decir, si quiere vender, donar o ceder determinados bienes, tendrá que contar sí o sí con la asistencia del curador designado, quién deberá estar presente en el acto jurídico patrimonial.

Si el asistente no está presente al momento de la venta, ese acto será **nulo de nulidad relativa**.

Si quiere, con posterioridad a la declaración de incapacidad, puede realizar actos jurídicos patrimoniales administrativos, es decir, puede disponer de bienes, siempre y cuando no impliquen una salida del patrimonio del inhabilitado, sin previa conformidad del asistente curador (como mandar la campera al lavadero).

Sin embargo, este principio no es absoluto y admite excepciones: dependerá de los límites que imponga la sentencia de inhabilitación, analizando cada caso. Sin la conformidad del curador asistente, no podrá disponer de sus bienes por actos entre vivos, pero el Código no establece nada de los actos de última voluntad. Esto significa que, si la persona inhabilitada quiere disponer bienes por testamento, está en todo su derecho de hacerlo; y no necesita presentarse con su asistente al escribano público.

Curadores de las personas incapaces

Artículo 102 CCyC: *Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.*

En este caso, cuando se designa un curador al inhabilitado, éste tiene **funciones de asistencia** y no de representación (como en el caso de las personas por nacer, menores de edad y para las personas con incapacidad declara total o absoluta). En la asistencia no se sustituye la voluntad o a la persona incapaz, sino que coopera con éste y acompaña en la celebración de actos jurídicos de manera conjunta. Este curador tiene la finalidad de que la persona con una capacidad restringida pueda reinsertarse nuevamente en la sociedad.

Ministerio público

Artículo 103 CCyC: *Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.*

- a) *Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.*
- b) *Es principal:*
 - i) *Cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;*
 - ii) *Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;*
 - iii) *Cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.*

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

Video 15: Régimen de capacidad de personas menores de edad - 1ra. parte

Artículo 25 CCyC: *Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años*

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Toda persona que no ha llegado a cumplir 18 años, no sólo es un **menor de edad**, sino que, en los términos del artículo **24 inc. B**, es un **incapaz de ejercicio**.

Artículo 24 CCyC: *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*

Principios generales de los menores:

Artículo 639 CCyC: *Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:*

El interés superior del niño

La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez

Artículo 26 CCyC.- *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Recorrido histórico de los menores

Tanto **Vélez** como el **Código Civil y Comercial** reconocen que desde la concepción hasta el nacimiento la persona humana se denomina **persona por nacer**.

Las diferencias se encuentran a partir del nacimiento: Para **Vélez**, desde el **nacimiento** y hasta los **14 años**, la persona humana se llama **menor impúber** (aquellos que ya habían nacido pero que no cumplieron los 14 años, cuentan con la representación de sus progenitores. Incapaces de hecho absoluto en los términos del artículo 54 de su texto). A partir de los **14 años** y hasta los **22 años**, eran considerados **menores adultos** (Incapaces de hecho relativo, según el artículo 55 del Código, ya que existían determinados actos que podía celebrar por sí mismo). De los **22** en adelante ya son **mayores de edad**-

La **ley 17.711 modifica** el Código Civil baja la edad y establece la **mayoría de edad** a los **21 años**. Y la **ley 26.579** del año **2012** baja la edad a los **18 años**.

En el **Código Civil y Comercial** estipula una clasificación como Vélez: desde el **nacimiento** y hasta los **13 años**, las personas humanas serán considerados **niños y niñas**. Desde los **13 años** y hasta los **16 años** se llamarán **adolescentes** (artículo 26). Entre los **16 años** y hasta los **18 años**, que es cuando alcanzan la **mayoría de edad**, el Código Civil y Comercial no establece nada, supletoriamente se usa la definición del Código de Vélez y son considerados **menores adultos**.

Video 16: Régimen de capacidad personas menores de edad - 2da parte

Actos que pueden realizar

Los **menores de edad** son **incapaces de ejercicio** y por sí mismos no pueden otorgar actos patrimoniales alguno ni disponer de bienes, derechos o dinero que le hayan transmitidos (por donación, herencia, legado), respecto de los cuales es titular. Consecuentemente, necesita de la figura de un representante, que serán sus padres o el Ministerio Público en la función promiscua que tiene.

En el caso de que ejecuten actos de disposición patrimoniales sin la presencia de su correspondiente representante, los actos serán **nulos de nulidad relativa** ya que, eventualmente, los padres pueden confirmar la operación del menor o, llegado a la mayoría de edad, él mismo puede confirmar.

Excepcionalmente, existen actos que los menores sí pueden realizar:

- **Actuar como mandatarios de sus padres**, siempre que el acto a posteriori sea perfeccionado por sus respectivos representantes, pues el niño o la niña no puede realizar actos que impliquen tradición en virtud de que no poseen el discernimiento o grado de madurez suficiente que implica el conocimiento de lo que es la tradición.

Explicación: Por actuar como mandatario de sus padres, significa que pueden actuar en nombre de sus padres para la realización de operaciones que hacen a la vida cotidiana (ir a un almacén, tintorería, comercios en donde se realizan las compras habituales). Sin embargo, para la adquisición de los bienes, opera la tradición, es decir, ejecutar un acto material para recibir otra cosa a cambio; pero, como no cuentan con el discernimiento suficiente, todas las operaciones que están habilitados para realizar son aquellos en donde no haya tal tradición (como que conoce comúnmente comprar fiado: retirar el bien y más tarde en el tiempo el representante salda la deuda del bien).

- A partir de los 10 años podrán adquirir la posesión de las cosas en forma ordinaria, no derivada, pues esta última implica tradición.

Explicación: A partir de los diez años, pueden adquirir la posesión de los bienes en los términos del artículo 1909 del Código Civil y Comercial; en forma ordinaria quiere decir que los menores adquieren la posesión solos, ellos mismos se sirven de las cosas y la tienen bajo su poder, sin que nadie se lo haya transmitido (transmisión derivada) ya que, si alguien se lo transmite, constituiría la tradición.

- Celebrar contratos de bajo contenido económico.

Explicación: Con celebrar más bien se refiere a ejecutar contratos de bajo contenido económico. Como ejemplo de estos contratos son: contratos de transporte urbano, compra de golosinas, alimentos o útiles escolares.

Artículo 26, 4° párrafo: *Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.*

Los adolescentes pueden determinar por sí mismos ponerse ortodoncia, hacerse tatuajes, someterse a cirugías donde no corra peligro su vida. En cuanto a tratamientos invasivos, que afectan su integridad física o salud, más allá de la decisión que tomen sus padres, siempre debe mediar consentimiento del adolescente.

A partir de los **16 años**, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al **cuidado de su propio cuerpo**. En este sentido, estas decisiones sobre su cuerpo se encuentran estrechamente vinculadas con la **ley 26.743 de identidad de género**, en donde los menores de 18 años, para lograr la rectificación registral de sexo, cambio de nombre de pila e imagen, deberán de gestionar dichos trámites a través de la figura de su representante, con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de la capacidad progresiva del menor e interés superior del niño.

Menores adoptados: Artículo 596 CCyC: *Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.*

Los **menores adultos** que pueden otorgar y serán válidos:

A.A., Leonardo

- A partir de los **13 años** ya pueden reconocer **hijos extramatrimoniales**.
- A partir de los **17 años** pueden **obtener licencia de conducir** (dependiendo de la jurisdicción donde se quiera realizar el trámite)
- A partir de los **16 años** están capacitados para acceder a **líneas de créditos** en forma directa, a través de extensiones de tarjetas de créditos que sus padres le concedan.
- En cuanto a la celebración de los **contratos de trabajo**, en el marco del derecho laboral, se requiere la edad de 18 años. Para el derecho civil, a partir de los **16 años**, puede **celebrar contrato de trabajo**, pero se necesita de la conformidad o confirmación de sus padres, con excepción del artículo 30

En principio, para **celebrar nupcias**, es necesario contar con **18 años**. Sin embargo, antes de los 18 años también pueden contraer matrimonio, con los extremos legales que establece el **artículo 404 del Código Civil y Comercial**

***Artículo 404 CCyC:** Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso f) del artículo 403 (impedimentos para contraer matrimonio: >18 años), el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.*

Los menores de 18 años pueden celebrar nupcias, si tuvieran **menos de 16 años** se requiere la **venia judicial** con más la **autorización de sus padres** o de quienes ejerzan la responsabilidad parental. Si tuvieran **más de 16 años**, con la **autorización parental** es suficiente, la cual puede ser **sustituida** por la **venia judicial**.

Si un menor se casa, no basta con que si tiene menos de 16 años un juez lo autorice o mayor de 16 y menor de 18 sus padres, sino que es **menester** que en esa celebración de matrimonio no exista **ningún impedimento**. Si el matrimonio de los menores se celebra con **algún impedimento** (casarse entre hermanos, madre de excónyuge), será declarado **nulo** y consecuentemente será **nula la emancipación** obtenida, salvo respecto al **cónyuge de buena fe** en el supuesto de **matrimonio putativo** (cuando existe algún impedimento para la celebración del matrimonio y sólo una de las partes lo conoce, la otra no) quien subsistirá emancipado (artículo 27, 3° párrafo)

***Artículo 27, 3° párrafo CCyC:** La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.*

Menores emancipados

***Artículo 30:** Persona menor de edad con título profesional habilitante. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.*

Este artículo se refiere a **menores** que se han recibido y han obtenido un **título habilitante** que les permite el ejercicio de una profesión (peluqueros, ingenieros ópticos, maestro mayor de obras). En este sentido, habiendo adquirido el título habilitante, pueden firmar un contrato con quien los contrate, sin necesidad de que sus padres firmen el documento.

Consecuentemente, y como resultado de su profesión, podrán tener su propio patrimonio y amplia disposición respecto de los bienes que lo constituyen, pudiendo comprar y vender cosas que resulten de lo

trabajado conforme a su título habilitante. Además, están podrán estar en juicios civiles o penales, en el caso de que dañen o lastimen a alguien con las cosas que son de su propiedad.

Responsabilidad de los padres

Artículo 1754 CCyC: *Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.*

Artículo 1755 CCyC: *Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.*

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

Artículo 1756 CCyC: *Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.*

Los **padres** siempre **responder** por los **daños** que ejecutan sus **hijos menores de edad** (>10). Hay una excepción que es si el hecho se produce en el hecho escolar, ahí los padres delegaron la guarda de su hijo al establecimiento escolar temporariamente.

Si tienen más de **10 años**, pero **menos de 18**, ya responden los menores mismos por los daños que ejecutan. Como no tienen la capacidad financiera para responder por los daños causados, el damnificado puede demandar al chico y subsidiariamente demanda a los padres por responsabilidad en el ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad)

En resumen, los padres siempre responden por sus hijos hasta los 18 años. Mayores de edad, si ejecutan un daño ilícito, los padres quedan eximidos de la responsabilidad.

Cese de la incapacidad de los menores

Tanto la **emancipación por matrimonio** como la **mayoría de edad**, **extinguen** a la **responsabilidad parental** que los padres tienen sobre el menor recién casado o el ahora mayor de edad. Cesa la responsabilidad parental, pero subsiste la obligación alimentaria hasta los 21 años en ambos casos. Este criterio no surge con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial – Ley 26.994, sino que ya estaba contemplado en la **ley 26.579**. La obligación alimentaria es una obligación derivada del parentesco, la cual también puede extenderse temporalmente para el caso de los hijos mayores de 21 años que prosigan sus **estudios terciarios** hasta los **25 años**, establecido por la jurisprudencia. Para que los padres se liberen de la obligación que establece la ley hasta los 21 años, deberán de probar que el menor cuenta con recursos económicos suficientes para valerse por sí mismo y, en el supuesto que posea un trabajo y cohabite con sus padres, le podrán exigir al menor que cubra los gastos necesarios que corresponden a la **habitación**.

Qué ocurre cuando el menor cumple 18 años

Primeramente, es menester destacar que el menor, ya sea cuando fue **niño o niña, adolescente** o se tratase de un **menor adulto**, es una persona **capaz de derecho**, es decir, tiene la **aptitud** para ser **titular de bienes y derechos**, tanto por donación, herencia o legado. Si la persona recibe bienes o derechos siendo menor de 18 años, al alcanzar la mayoría de edad corresponde que sus **padres**, que son los **administradores** (o tutores designados en el caso de ausencia de éstos), lo pongan en posesión de los bienes que antes no podía poseer ni administrar.

Antes de que los padres le entreguen a los ya mayores de edad los bienes que fueron recibidos cuando eran menores de edad, corresponde que el padre presente ante el **juez un juicio de rendición de cuenta**: resultaría poco ético o inmoral que cuando la persona cumpla los 18 años, se le entregue discrecionalmente los bienes sin saber qué fue lo que efectivamente recibió o si los padres estuvieron haciendo uso de ellos (en el caso de dinero, por ejemplo). Por lo tanto, la persona que administró esos bienes, debe rendir cuentas ante el juez con intervención del Ministerio Público. Corresponderá al juez verificar si el administrador realmente administró y conservó los bienes en buen estado y qué es lo que quedó de ellos. Si el juez entiende que hubo un correcto uso o administración de los bienes del menor, deberá **darle el finiquito**, esto es, la **aprobación** en la **gestión** de la **administración** de las cuentas en la menor edad. Dado el finiquito, el menor de edad, presentando el documento, toma posesión de los bienes.

Emancipación en el Código Civil y Comercial

Artículo 27 CCyC: *Emancipación. La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad.*

La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

La **emancipación por matrimonio** es **irrevocable**, a diferencia de la llamada **emancipación dativa** o por edad derogada por la ley 26.579 del artículo 131 del Código de Vélez.

La revocación consiste en dejar sin efecto un acto jurídico en forma unilateral sin que medie defecto o vicio en el mismo. A diferencia de la revocación, la nulidad es la sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios en razón de una causa (defecto o vicio) existente al momento de la celebración del acto.

De lo explicado y postulado en el **artículo 27 del Código Civil y Comercial**, se infiere que la emancipación por matrimonio es **anulable** pero **no irrevocable**. Esto es lo que era diferente con la emancipación por edad que se hacía a los 18 años, dada que la mayoría de edad estaba establecida a los 21 años. En este caso, los padres emancipaban a sus hijos para que hagan o ejecuten los actos de la vida civil y, se observaban que eran inconvenientes los actos que realizaban (por falta de madurez o discernimiento), se podía revocar por parte de los padres.

Vélez Sarfield, en su artículo 133, mencionaba la irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio y el efecto que tal emancipación producía para habilitar a los casados a ejercer todos los actos de la vida civil, con excepción a las limitaciones que el propio Código imponía en los artículos 134 y 135.

Para el caso de que el matrimonio se disuelva en la menor edad, esto es, se casaron, operó la emancipación y posteriormente se disolvió el matrimonio (sin llegar a la mayoría de edad), el Código establecía una **sanción**: la emancipación seguía vigente pero la nueva aptitud nupcial se adquiría recién a la mayoría de edad, es decir, la persona tenía que esperar hasta los 21 años para volver a casarse. Esta

sanción se imponía con la finalidad de que los menores, con autorización de sus padres, no se casen y disuelvan el matrimonio tan libremente.

En la jurisprudencia se contemplaba el caso de la emancipación por matrimonio de los menores, falleciera la cónyuge. En este caso, el menor vivo podía contraer nupcias sin necesidad de esperar hasta los 21 años. La emancipación seguía vigente.

Por su parte, el Código Civil y Comercial no establece ninguna sanción al respecto. Así, la persona menor de edad emancipada por matrimonio, puede casarse y divorciarse tantas veces como lo desee, sin ninguna limitación.

Efectos de la emancipación

Artículo 28 CCyC: *Actos prohibidos a la persona emancipada. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:*

- a) *Aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito*
- b) *Hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito;*
- c) *Afianzar obligaciones*

El emancipado, si en la menor de edad hubiese recibido bienes, el hecho de haberse emancipado por matrimonio, no tienen la facultad de poder aprobar las cuentas de la gestión o administración de los bienes recibido por parte de los padres y ellos mismo darles el finiquito.

Siempre los padres tienen que hacer el juicio de rendición de cuenta antes los padres, sin importar de la condición civil del hijo. Asimismo, la entrega de los bienes se debe realizar a los 18 años.

Por otra parte, los bienes que los menores de edad hayan recibido a título gratuito no pueden disponerse y, por consiguiente, no se pueden enajenar, ni ceder o donar los bienes.

Por último, el menor emancipado no puede ser fiador de nadie, no puede garantizar la obligación de nadie respecto de terceros, es decir, afianzar obligaciones que el emancipado no constituyó propiamente, sino garantizar obligaciones de otras personas con su propio patrimonio.

Si los emancipados otorgan algunos de los actos del artículo 28, el acto será **nulo de nulidad absoluta**

Artículo 29 CCyC: *Actos sujetos a autorización judicial. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente*

Existen **actos** que se les permite **ejecutar al emancipado**. En este caso, la ley contempla una suposición: Si los menores casados cuentan solamente con los **bienes** que le otorgaron a **título gratuito** (regalos) para su subsistencia, y no tienen otros ingresos porque no trabajan, **podrán enajenarlos** con previa **autorización judicial**. El **Código de Vélez** establecía que los bienes a título gratuito se podían enajenar por parte de los emancipados si contaban con la **autorización judicial** o con la **autorización** de alguno de sus **progenitores** que fuese mayor. Actualmente, el **Código Civil y Comercial** no contempla la autorización del cónyuge mayor, **sólo la autorización judicial** con intervención del **Ministerio Público**.

Si el emancipado llegase a enajenar algún bien, sin contar con la autorización judicial previa, el acto será **nulo de nulidad relativa** ya que el juez podrá **confirmar** y transformar en válido el acto que inicialmente es nulo.

Emancipación y los bienes del emancipado

El menor, al contraer nupcias se emancipa (si no existe ningún impedimento en el matrimonio). En los términos del **artículo 30 *in fine*** del **Código Civil y Comercial**, respecto de los bienes persona menor de edad con título profesional habilitante como de los bienes del emancipado, hay que tener en consideración la **composición del patrimonio** ya que ambos pueden tener **dos tipos** de bienes: **bienes obtenidos a título gratuito**, aquellos que le han donado sus padres, parientes o amigos; y **bienes obtenidos a título oneroso**, aquellos que han obtenido con el producto de su trabajo. Respecto a los **bienes del emancipado**, existe una **restricción**: el emancipado, como todavía no alcanzó la mayoría de edad, hay separar los bienes según sean a título gratuito o a título oneroso; esto es así porque respecto a los **bienes a título gratuito** sólo puede **administrar** y **conservar** hasta la mayoría de edad. Y en relación de los **bienes a título oneroso** puede **disponer** ampliamente, como **enajenarlo**, hipotecarlo.

Video 17: Restricciones a la capacidad Principios generales (1/4)

Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

Entender las restricciones a la capacidad supone contextualizarlo con la **Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad**. Esta convención se dictó en el 2006, Argentina la ratifica en el 2008 y, desde 2014, cuenta con jerarquía constitucional por la ley 27044.

Un artículo interesante que vale la pena resaltar es el **artículo 12**

Artículo 12 CDPD: Igual reconocimiento como persona ante la ley

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
- 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Este artículo sienta un **principio general**: las personas con discapacidad gozan del mismo derecho que el resto de la sociedad. En efecto, tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, es decir, todo ser humano es persona independientemente de su condición física o mental.

En cuanto al inciso 2, la **capacidad jurídica** debe ser entendida como la **capacidad** de tanto **de derecho** como a la **capacidad de ejercicio**.

Por último, los Estados que han suscripto a esta convención, deben garantizarles a las personas con discapacidad, los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad. La idea de apoyo, en cuanto a la convención, constituye un concepto importante.

Las salvaguardias son las medidas permiten que no se produzcan abusos contra la persona discapacitada. La idea central del inciso se refiere a las medidas que adopte un juez y que las mismas tienen que ser conforme a las condiciones de la persona con discapacidad:

- En primer lugar, el **criterio**: deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. En este artículo no aparece la noción de interés superior como sí aparecía respecto a los menores. Con esto se trata de establecer la manera en que los apoyos tienen que intervenir.
- **No tiene que producirse ningún conflicto de intereses ni influencia indebida.**
- **Deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona**: Los apoyos que se le designe deben ser acordes a las condiciones de la persona y la asistencia se deberá limitar a los hechos en los que necesita de tal.
- **Deben aplicarse en el plazo más corto y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial, independiente e imparcial**: Las medidas adoptadas requerirán de un seguimiento para poder establecer si son necesarias más o menos apoyos, conforme la evolución de la persona. El seguimiento deberá ser llevado a adelante por un órgano judicial o una autoridad competente, la cual necesariamente será imparcial e independiente a los fines de evitar conclusiones sesgadas.

Observación general N° 1, año 2014

Este documento resalta la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas (*curadores*) por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos

Balance de la CDPD

Existe en este punto un delicado equilibrio entre autonomía y protección, y que se encuentra aquí la cuestión decisiva en materia de ejercicio de la capacidad.

Restricción de la capacidad en el Código Civil de Vélez

Dos tipos de incapacidades:

Incapaces de hecho declarados judicialmente (insanos o dementes)

En su Código, Vélez no hablaba de personas con **capacidad restringida** o **incapaces** en términos generales, sino que contemplaba **incapaces de hecho relativo** o **absoluto**. Y, dentro de los **incapaces de hecho absoluto**, en el tercer inciso del artículo 54, contemplaba a los **dementes**. Por dementes, en los términos del **artículo 141 del Código Civil**, sin la modificación de la ley 17.711:

Artículo 141 Código Vélez 1869: *“Se declaran dementes los individuos, de uno u otro sexo, que se hayan en estado habitual de manía, demencia, imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial.”*

Para Vélez, cuando una persona padecía una enfermedad mental, era suficiente para que se le pudiera realizar un juicio de insania y, si se verificaba en el juicio que padecía una enfermedad mental, se lo

declaraba incapaz de hecho absoluto. Vélez tenía un **criterio estrictamente clínico**, consideraba que cuando una persona presentaba algún signo de alteración mental, automáticamente correspondía que se le iniciara este juicio y se lo declarase incapaz.

La **incapacidad civil**, conforme al Código velezano, tenía como objeto **tutelar y administrar** los **bienes** del demente, designándole un curador que conserve su patrimonio y, en muchos casos, asista al incapaz.

La **ley 17.711 modifica el artículo 141 del Código Civil** y cambia el criterio estricto de Vélez y establece que, para que a una persona sea sometida a un juicio de insania, no bastaba con que tuviese una enfermedad mental, sino que, además, esa enfermedad afecte su vida y la disposición y administración de sus bienes. Con esta modificación se pasa de un criterio clínico a uno **biológico-jurídico**

Artículo 141 Código Civil Ley 17.711: *Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.*

Inhabilitados

Vélez Sarfield en su **Código Civil** hablaba de las **personas capaz** y consiguientemente de las **personas incapaces de hecho** en sus dos clasificaciones: **incapaces de hecho absoluto y relativo** (Artículo 53 y 54). Sin embargo, no contemplaba **situaciones intermedias o fronterizas**. Con el paso del tiempo, la jurisprudencia fue avanzando y se llegó a la conclusión en que había casos de personas que no se las podía declarar incapaces, pero tampoco se consideraban personas con una capacidad plena para el ejercicio de sus derechos. A estas personas se las denominó **semi-alienados**. Dentro de esta concepto se encontraban:

- Personas alcohólicas, toxicómanos, drogadictos en sus distintas variantes respecto al tipo de consumo
- Personas que presentaban una disminución en sus facultades mentales que les impidiera tener un pleno discernimiento al momento de ejecutar actos patrimoniales; de disponer, administrar y conservar su patrimonio.
- Personas que tuvieran un cierto grado de trastorno compulsivo a dilapidar sus bienes, como era el caso de las personas que realizaban actos de prodigalidad.

Luego de que la jurisprudencia y el derecho comparado lo tuvieran tan en cuenta, la **ley 17.711 de 1968** los reconoce y los **incorpora al Código de Vélez** en el **artículo 152 bis** bajo la denominación de **inhabilitados**

Artículo 152 bis Código Vélez Ley 17.711: *Podrá inhabilitarse judicialmente:*

- 1) *A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.*
- 2) *A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.*
- 3) *A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.*

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Primeramente, a las personas que se las podía **inhabilitar** eran a aquellas que fueran **alcohólicas o toxicómanas**. El criterio que se tenía para inhabilitar a una persona, no bastaba con una cuestión clínica o biológica, sino al **dato jurídico**; lo que el juez tenía en consideración a la hora de la evaluación pericial era que el alcoholismo o adicción que presente la persona, afecte la vida civil de la persona y, además, a su patrimonio como consecuencia de la falta de discernimiento que le produce el alcohol o la droga. Se trataba de un criterio biológico-jurídico.

El **segundo supuesto** contempla a aquellas personas que tienen sus facultades mentales disminuidas, pero que no se las podía considerar dementes, que les impide interactuar con su entorno. Dentro de este inciso se podía considerar a los autistas, personas con síndrome de asperger. Comprende a una amplia gama de aspectos de personas que, no se las puede denominar dementes ni incapaces absolutas, pero existe algún tipo de disminución que es dable de paliarse con un apoyo y representación suficiente (como un curador).

El **tercer supuesto** se refiere las personas que otorgan actos de prodigalidad: ludópatas que, como consecuencia de su vicio al juego, dilapidan su patrimonio. Esto constituye un trastorno psicológico que no implica necesariamente una falta de discernimiento, sino más bien trastorno obsesivo compulsivo. Para que proceda la acción en contra de este tipo de personas y se los pueda inhabilitar, tienen que tener familia (cónyuge, ascendiente o descendiente) y dependan económicamente de ésta.

La Ley 26.657 de Salud Mental

Cuando Argentina aprueba la **Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad** en 2008, dos años después se aprobó la **ley 26.657 de Salud Mental** que introdujo un artículo nuevo en el **Código velezano**

Artículo 152 ter Código Vélez: *Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.*

Restricción de la capacidad en el Código Civil y Comercial

Principios generales de la incapacidad jurídica

Artículo 31 CCyC: *Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:*

- a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial*
- b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona*
- c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial*
- d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;*
- e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios*
- f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.*

Video 18: Restricciones a la capacidad CCC - Tipos (2/4)

Los tipos de restricciones de la capacidad en el Código Civil y Comercial

- **Personas con capacidad restringida** (Artículo 32, 1 párrafo)
- **Incapaces** (Artículo 32 *in fine*)
- **Inhabilitados** (Artículo 48)

Personas con capacidad restringida

Artículo 32, 1 párrafo CCyC: *Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

Con respecto al artículo 32, se establece un requisito de **judicialidad**: es necesario el dictado de una sentencia judicial para poder restringirle la capacidad a una persona. Ya la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone que toda medida que afecte la capacidad de ejercicio de una persona, es decir, las salvaguardias que se adopten para su protección, tienen que ser dictadas por una **autoridad judicial independiente**.

Otro **requisito** para poder llevar adelante esta medida es que la persona tiene que ser **mayor de 13 años**. De esto se infiere un supuesto especial respecto a los menores comprendidos **entre los 13 y los 18 años** que no han llegado a la mayoría de edad y son **incapaces de ejercicio**. En este caso, la sentencia restringirá aquellas atribuciones que un menor pueda realizar conforme a su edad y grado de madures. Respecto de los **menores de 13 años**, y en los términos del **artículo 261 inciso b**, se presume que no cuentan con el discernimiento suficiente.

Artículo 261, inciso b CCyC: *Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento:*

b) El acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;

Además, el artículo 32 exige que la persona a la cual se le quiere restringir la capacidad tiene que padecer de alguna **adicción** que impliquen un consumo problemático o una **alteración mental permanente o prolongada** que le impida un pleno discernimiento de sus actos.

Todo esto tiene que poner en riesgo su **persona** o sus **bienes**. Se trata de un criterio biológico-jurídico.

Régimen jurídico de las personas con capacidad restringida

Además de los **principios** establecidos en el **artículo 31 (Página 87)**, como **regla general** se establece que toda persona es capaz y la limitación a ésta surge de una sentencia.

Artículo 38 CCyC: *Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.*

La sentencia que dicte el juez tiene que contener los alcances de la misma, esto es: **qué actos** son susceptibles de su **ejecución** y aquellos que le son **prohibidos**. Cualquiera fuera la decisión del juez, siempre se debe procurar afectar lo menos posible da **autonomía de la voluntad**, la **libertad** presunto

incapaz. Además, con la sentencia se finaliza el ejercicio de los curadores provisorios (aquellos designados por el tiempo que dure el juicio de determinación de la capacidad) y, en el caso de que la sentencia determina la capacidad restringida, se deberá asignar un **curador asistente** que será **definitivo (Artículo 102 CCyC)**, más los **apoyos** contemplados en el **artículo 43 del CCyC**. Si el juez dictamina la **incapacidad absoluta**, el asistente designado será un **curador representante (Arts. 100, 101 y 103 CCyC)**.

Incapaces

Se trata de un supuesto de **excepción** previsto en el **artículo 32 último párrafo del Código Civil y Comercial**:

Artículo 32 in fine: *Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.*

Se trata de personas que de ninguna manera entablar cualquier tipo de relación o comunicación con su entorno.

Representación de personas incapaces

Artículo 100 CCyC: *Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.*

Los incapaces sí verifican la figura de la representación para salvar o zañar los actos jurídicos que no pueden ejecutar por sí mismo. Situación que no se contempla en los incapaces de derecho.

Artículo 101 CCyC: *Enumeración. Son representantes:*

- a) *De las personas por nacer, sus padres;*
- b) *De las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;*
- c) *De las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.*

Los **representantes** no pueden sustituir al incapaz en los **actos personalísimos**, tales como **matrimonio, otorgar testamentos, reconocer hijos extramatrimoniales, votar**.

Inhabilitados (prodigalidad):

Artículo 48 CCyC: *Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.*

Las personas que otorgan actos de prodigalidad son: ludópatas que, como consecuencia de su vicio al juego, dilapidan su patrimonio. Esto constituye un trastorno psicológico que no implica necesariamente una falta de discernimiento, sino más bien trastorno obsesivo compulsivo. Para que proceda la acción en

contra de este tipo de personas y se los pueda inhabilitar, tienen que tener familia (cónyuge, ascendiente o descendiente) y dependan económicamente de ésta.

A diferencia del Código Civil de Vélez, el cual exigía la el pródigo haya dilapidado parte de su patrimonio para que pueda proceder la inhabilitación, el Código vigente establece que no es necesario la dilapidación del mismo sino que basta con que ponga en riesgo.

Régimen

Son capaces, con necesidad de asistencia para actos de disposición y otros actos que fije la sentencia.

Se designan uno o varios “apoyos” en la sentencia.

Video 19: Restricciones a la capacidad CCC - Aspectos procesales (3/4)

Juicio de determinación de Incapacidad

Este proceso de determinación de la capacidad hará que el juez, ante las probanzas que inicie la parte interesada, determine si a esa persona corresponde restringirle su capacidad o declararla incapaz, ya sea porque presenta una enfermedad mental o el caso que sea. El juicio está destinado a la protección de los bienes de la persona más que a su persona. Es decir, si bien al incapaz o con capacidad restringida se le designará un curador asistente, más los apoyos que corresponda tales como un curador representante o, en última instancia, la internación en un instituto para su tratamiento; en todos los casos se tiende a que no se dilapiden los bienes o su patrimonio ya que el derecho civil se encarga precisamente, antes de la protección de la persona, de la preservación de su patrimonio.

Legitimados

Artículo 33 CCyC: *Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:*

- a) *El propio interesado*
- b) *El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado.*
- c) *Los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado.*
- d) *El Ministerio Público.*

La nueva legislación contempla la posibilidad de que la **propia persona** que padece un grado de incapacidad de **solicitar** que se lo **declare incapaz** o se le **restrinja la capacidad**. Esta posibilidad la incorpora el Código Civil y Comercial, el Código de Vélez no estaba estipulado en su texto original (artículo 144: Cónyuges, parientes, Ministerio de Menores, cónsul si fuese extranjero o cualquiera del pueblo si incomodase a los vecinos) ni en sus posteriores modificaciones (como la ley 17.711).

El **cónyuge** se encuentra legitimado para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida siempre que conserve la vocación sucesoria, es decir, **que no estén divorciados**. Además, como el conviviente tiene el mismo régimen que el cónyuge, mientras dure la convivencia, también se encuentra legitimado.

En principio, en el caso de haber comenzado el juicio de divorcio y no haya sentencia que declare el fin del vínculo, el cónyuge estaba igualmente legitimado para solicitar la declaración. Sin embargo, conforme se verificó en la jurisprudencia, surgieron divorcios que no se daban en situaciones pacíficas; en este sentido

se observó que, iniciado el juicio de divorcio y en carácter de venganza, una de las partes iniciaba el juicio de incapacidad contra la otra. A partir de este momento, se estableció que el inicio del divorcio ya es óbice para no poder estar legitimado para solicitar la incapacidad del otro.

Los **parientes** dentro del **cuatro grado por consanguinidad** que están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad son, en línea recta: padres, abuelos, bisabuelos, hijos, nietos y bisnietos; y en la línea colateral: hermanos, tíos sobrinos y primos. Además, por **afinidad** dentro del **segundo grado**: los cuñados.

El **Ministerio Público**, frente a una denuncia que se le haya planteado o haya recibido por parte de alguna persona que no se encuentra legitimada (amigos, vecinos, etc.), en los términos del artículo 33, puede solicitar que se inicie el juicio para la determinación de la capacidad de una persona.

Independientemente de quien se trate, es necesario que, para iniciar el juicio, la parte interesada acompañe la partida correspondiente del Registro Civil que amerita el vínculo con la persona respecto de la cual se quiere declarar incapaz o restringirle la capacidad.

Juez competente

El **juez competente** para llevar adelante el juicio de determinación de incapacidad de una persona es el de la **jurisdicción del domicilio del presunto incapaz**.

Artículo 36, segundo párrafo CCyC: *Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación...*

En el caso de que el presunto incapaz se encuentre internado en una institución mental y se quiera iniciar el juicio de determinación de la capacidad, regirá el **principio de inmediatez**, el cual surge a partir de una serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, se establece que el juez competente cuya jurisdicción se encuentra más cerca del instituto mental por razones de inmediates.

Medidas cautelares durante el juicio

Artículo 34 CCyC: *Medidas cautelares. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.*

Artículo 35 CCyC: *Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistar personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.*

El **Código Procesal Civil** establecía que, **antes de dictaminar sentencia**, se debía **citar** al despacho del juez al **presunto incapaz**. El **Código Civil y Comercial** establece que, **en cualquier momento**, cuando verifique que sea necesario, el juez puede **entrevistar** al presunto incapaz y, si es necesario, designar los apoyos o curador que lo asista dependiendo del caso. En cualquier contexto, tiene que estar presente su abogado ad litem designado.

Artículo 629 Código Procesal Civil y Comercial: *Cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio, adoptará las medidas establecidas en el artículo 148 del Código Civil, decretará la inhabilitación*

general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.

Cuando la incapacidad de una persona es notoria, si el patrimonio del incapaz está compuesto por inmuebles, el juez de oficio puede declarar la inhibición. Todas las personas que están sujetas a un juicio de declaración de inhabilitación, son inhibidos antes el Registro de la Propiedad de Inmueble.

Requisitos para iniciar el juicio

La **parte interesada**, cuando inicie la acción, tendrá que contar con un patrocinio suficiente, con un abogado que lo represente, pero, además, deberá cumplir con ciertos requisitos:

- La **parte interesada** deberá demostrar que cuenta con la **legitimación** suficiente (art. 33)
- Deberá manifestar **qué tipo de incapacidad está solicitando** que se le determine a una persona: Si inicia el juicio para que se restrinja la capacidad de otra persona o si está solicitando que se la incapacite.
- **Artículo 624 Código Procesal Civil y Comercial:** *Las personas que pueden pedir la ~~declaración de demencia~~ determinación de incapacidad se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de DOS (2) médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual.*

Siempre para iniciar este tipo de juicios, a la parte interesada no le basta con decir que tiene un vínculo de parentesco con el presunto incapaz y demostrar las partidas del Registro Civil que correspondan, sino que es necesario dos certificados médicos que determinen cuál es tipo de estado mental que presenta la persona, qué tipo de adicción (en el caso de solicitar la restricción de la capacidad), si se trata de una disminución en su capacidad mental y de qué tipo.

El **artículo 625 del Código Procesal Civil y Comercial** contempla las situaciones en las cuales la **presunta persona incapaz** no quiere **cooperar, negándose** a ser sometido al **análisis** de los profesionales médicos, y no se puedan obtener los dos certificados médicos que exige la legislación.

Artículo 625 Código Procesal Civil y Comercial: *Cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión de DOS (2) médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de CUARENTA Y OCHO (48) horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen.*

Si la parte interesada no **puede acompañar ambos certificados**, como consecuencia del comportamiento de la otra parte, no es óbice para iniciar el juicio de declaración. Invocando este artículo, el **juez ordenará** la diligencia de **dos médicos forenses** para estudiarlo y analizarlo, previa privación de su libertad por dos días para tales tareas.

El **artículo 630 del Código Procesal Civil y Comercial** estipula el caso de que, al momento de solicitar el juicio, la persona ya se encuentra **internada** en una **institución de la salud mental** y el legitimado lo pide para la administración y preservación de sus bienes ya que la persona ya se encuentra bajo un cuidado y tratamiento.

Pedido de declaración de incapacidad con internación – Artículo 630: Cuando al tiempo de formularse la denuncia el presunto insano incapaz estuviera internado, el juez deberá tomar conocimiento directo de aquél y adoptar todas las medidas que considerase necesarias para resolver si debe o no mantenerse la internación.

Si la parte interesada inicia el proceso, alegando que ya se encuentra internado en una clínica mental, el **juez** pedirá que se **libre un oficio** a la institución donde se encuentra internada la persona presunta incapaz y ésta deberá contestar cuál es la **sintomatología/patología clínica** de la persona, los **motivos** de su internación, **qué juez** dio la orden para que se la ingrese de manera permanente. Con todo esto, el juez determinará si es conveniente que continúe internada.

Si la parte interesada cumple con todos los **extremos legales** expuestos hasta el momento y el juez considera que está legitimado para iniciar el proceso de determinación de incapacidad, el magistrado dará **traslado al Ministerio Público** para que eventualmente realiza un contralor del expediente. Paralelamente, se le deberá **notificar al presunto incapaz** que se inició un juicio contra su persona para declararla incapaz o restringirle la capacidad (**artículo 36, primer párrafo**).

Una vez que culminó esta **primera etapa de presentación de la solicitud**, cumplidos todos los extremos legales, haber dado traslado al Ministerio Público y estado fehacientemente notificado el presunto, prosigue la **segunda instancia**.

Previo al inicio del proceso, además de todos los requisitos mencionados, el **juez** solicitará un **informe** sobre los **bienes** que componen el **patrimonio del presunto incapaz** a los fines poder designar abogados o médicos conforme la capacidad financiera del mismo. Como el objeto de todo juicio de determinación de incapacidad es la protección del patrimonio del incapaz, corresponde que el juez sepa cómo está compuesto tal patrimonio para que sea acorde al pago de honorarios de los profesionales que se le designe.

Artículo 628 Código Procesal Civil y Comercial: *Cuando el presunto insano careciere de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, circunstancia que se justificará sumariamente, el nombramiento del curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados, y el de psiquiatras o legistas, en médicos forenses.*

Artículo 634 Código Procesal Civil y Comercial: *Los gastos causídicos serán a cargo del denunciante si el juez considerase inexcusable el error en que hubiere incurrido al formular la denuncia, o si ésta fuere maliciosa.*

Los gastos y honorarios a cargo del presunto insano no podrán exceder, en conjunto, del DIEZ POR CIENTO (10%) del monto de sus bienes.

Siempre los **gastos** del proceso corren **a cargo del incapaz**, pero nunca pueden superar el **diez por ciento** de su **patrimonio**. En el caso de que no tenga bienes, en los términos del **artículo 628 del Código Procesal**, el juez designará un **curador oficial**, es decir, un abogado que no le cobrará y un **médico forense** respecto del cual tampoco tendrá que pagar honorarios.

Segunda etapa

Artículo 626 Código Procesal Civil y Comercial: *Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá:*

- 1) El nombramiento de UN (1) curador provisional, que recaerá en UN (1) abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.*
- 2) La fijación de un plazo no mayor de TREINTA (30) días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas.*
- 3) La designación de oficio de TRES (3) médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél.*

El juez tendrá que **designarle** al presunto incapaz un **curador ad litem**, aquellos abogados que lo representarán durante el juicio. Estos abogados son **provisorios** y ejercerán sus funciones mientras dure el **juicio**, finalizado éste con la sentencia que dicte el juez que determina la incapacidad o desestimada la demanda, cesa la representación. El **curador provisional** será un abogado de la matrícula si el patrimonio del presunto incapaz es tal que le permite, con el 10% del total de sus bienes, pagar uno. Caso contrario, se aplicará el **artículo 628 del Código Procesal**.

Abogados particulares

Quien designa quién es el curador ad litem que representará al presunto incapaz, es el juez del juicio, con posterioridad al análisis y verificación de la composición del patrimonio de la persona. En el caso de que el **presunto incapaz** contrate su **propio abogado** para que lo represente en el juicio de determinación de incapacidad, éste tendrá ninguna utilidad a los fines del proceso, ya que necesariamente la representación está a cargo del curador ad litem que el juez le asigne. La finalidad de esto es la objetividad e imparcialidad de la representación.

Tercera etapa

Artículo 626 Código Procesal Civil y Comercial, inciso 3: *Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá:*

3) *La designación de oficio de TRES (3) médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano incapaz. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél.*

Más allá de que uno de los requisitos necesarios para dar comienzo al proceso de determinación de incapacidad es la presentación de dos certificados médicos que acrediten la condición mental o adicción del presunto incapaz, esto no es más que una formalidad para el inicio del juicio y no constituye prueba suficiente para que el juez dicte sentencia (ante la posibilidad de que los certificados sean apócrifos o emitidos por personas cercanas al interesado).

Consecuentemente, el juez tendrá que designar tres médicos psiquiatras o legistas cuya finalidad es informar, en los plazos de tiempos establecidos, sobre la situación mental del incapaz.

Artículo 631 Código Procesal Civil y Comercial: *Los médicos, al informar sobre la enfermedad, deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos:*

- 1) *Diagnóstico.*
- 2) *Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó.*
- 3) *Pronóstico.*
- 4) *Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano.*
- 5) *Necesidad de su internación.*

Los psiquiatras designados, al igual que los curadores ad litem, serán conforme al patrimonio del presunto incapaz: matriculados o médicos forenses

El **informe** emitido por los **tres médicos** no es **vinculante** ni **obligatorio**, esto quiere decir que la decisión final siempre la tiene el juez (precedente asentado por la ley 17.711). Esto no quiere decir que el informe no aporte ningún elemento relevante a la causa, el magistrado se valdrá de todas pruebas que surjan en el proceso para dictar sentencia, tanto el informe médico como la entrevista que tenga con el presunto incapaz.

El **dictamen** que hacen los tres psiquiatras se puede **impugnar** mediante repreguntas que formulan los profesionales. Si la **parte interesada** no está de acuerdo con el informe presentado por los tres profesionales, tiene que conseguir un **psiquiatra** que realice **repreguntas** sobre el resultado obtenido y presentado, solicitando que se lo **amplíe**.

Plazos

Artículo 626 Código Procesal Civil y Comercial, inciso 2: *Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá:*

- 2) *La fijación de un plazo no mayor de TREINTA (30) días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas.*

Al juez no le basta con la entrevista que mantenga con el incapaz, los certificados médicos presentando al inicio del juicio o los tres emitidos por los psiquiatras, sino que, además, las partes tuvieron que presentar otras pruebas que ameritan la declaración o restricción de incapacidad, tales como testigos que afirmen una conducta de falta de discernimiento de incapaz, pruebas documental como resúmenes bancarios que demuestren un gasto compulsivo. Todas las pruebas tendrán que ser presentadas en un plazo no mayor a **treinta días**.

Artículo 36 CCyC 1° y 3° párrafo: *Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.*

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

Cuarta etapa

Artículo 632 Código Procesal Civil y Comercial: *Producido el informe de los facultativos y demás pruebas, se dará traslado por CINCO (5) días al denunciante, al presunto insano y al curador provisional y, con su resultado, se dará vista al asesor de menores e incapaces.*

Culminado el período de 30 días que tienen los médicos para elaborar un informe, se le dará traslado de todo el expediente a la parte interesada con la finalidad que haga los alegatos correspondientes respecto de todas las pruebas que se ejecutó; también se le dará traslado al presunto insano y a su curador provisional. Con todo esto, se dará vista al asesor de menores e incapaces quien dará la última palabra

Artículo 633 Código Procesal Civil y Comercial 1° y 2° párrafo: *Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.*

La sentencia se dictará en el plazo de QUINCE (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.

El Código Procesal quedó desactualizado respecto al nuevo Código Civil y Comercial. Actualmente no es necesario que se llegue a la instancia previa de dictar sentencia para que el juez mantenga una entrevista con el presunto incapaz, puede hacerlo en cualquier momento durante el transcurso del proceso de determinación de incapacidad.

Una vez que el Ministerio Público analizó todo el expediente y devuelve el expediente al juzgado, el juez tendrá **15 días** a partir de ese momento para **dictar sentencia**.

Artículo 37 CCyC: *Sentencia. La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:*

- a) *Diagnóstico y pronóstico*
- b) *Época en que la situación se manifestó*
- c) *Recursos personales, familiares y sociales existentes*
- d) *Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.*

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

El juez no puede dictar sentencia si no consulta con un psicólogo, psiquiatra o sociólogo para determinar si corresponde privarlo de su libertad y cuál es el régimen más conveniente.

Artículo 38 CCyC: *Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.*

La sentencia que dicte el juez tiene que contener los alcances de la misma, esto es: **qué actos** son susceptibles de su **ejecución** y aquellos que le son **prohibidos**. Cualquiera fuera la decisión del juez, siempre se debe procurar afectar lo menos posible la **autonomía de la voluntad**, la **libertad** presunto incapaz. Además, con la sentencia se finaliza el ejercicio de los curadores provisorios (aquellos designados por el tiempo que dure el juicio de determinación de la capacidad) y, en el caso de que la sentencia determina la capacidad restringida, se deberá asignar un **curador asistente** que será **definitivo (Artículo 102 CCyC)**, más los **apoyos** contemplados en el **artículo 43 del CCyC**. Si el juez dictamina la **incapacidad absoluta**, el asistente designado será un **curador representante (Arts. 100, 101 y 103 CCyC)**.

Dictada la sentencia, el juez deberá correr traslado a cada una de las partes (presunto incapaz, parte interesada, Ministerio Público y curadores provisorios) y se estipula un plazo de cinco días para poder apelar la decisión del juez.

Artículo 633 Código Procesal Civil y Comercial 4° y 5° párrafo: *La sentencia será apelable dentro de quinto día por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores.*

En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuere apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciación.

Suele darse la situación que, en los juicios de determinación de la capacidad, nadie apele la sentencia dictada por el juez del proceso. Al tratarse de una sentencia de primera instancia, si nadie apela el dictamen, el juez la eleva en **consulta** a la **Cámara** a alguna de las salas. Confirmada la sentencia por la Cámara, a partir de este momento hace **cosa juzgada**.

Para lograr que la **persona** sea **considerada incapaz** o con **capacidad restringida** en el ámbito civil, el **abogado** de la parte interesada **transcribirá** la **sentencia**, con más la designación del curado y los autos principales del proceso, en forma de **testimonio**. Con esto, presentarse en **Registro de Capacidad y Estado de las Personas** para su incorporación

Artículo 39 CCyC: *Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro.

Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

Internación

Artículo 41 CCyC: *Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:*

- a) *Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad*
- b) *Sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros.*
- c) *Es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente.*
- d) *Debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica*
- e) *La sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.*

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

Artículo 42 CCyC: *Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.*

Revisión

Artículo 40 CCyC: *Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.*

Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

Artículo 39 4° párrafo: *Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.*

Video 20: Restricciones a la capacidad CCC - Sistema de apoyos (4/4)

Efectos de la declaración de incapacidad restringida o incapacidad sobre los actos jurídicos

Actos posteriores a la sentencia

Son **nulos** los actos jurídicos otorgados con **posterioridad** a la inscripción de la sentencia de incapacidad, ya sea que reputen actos de una persona incapaz o con capacidad restringida (art. 44 CCyC). **Nulidad relativa**

Artículo 44 CCyC: *Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

Actos anteriores a la sentencia

Respecto a los **actos anteriores** a la sentencia opera la nulidad (para Vélez eran considerados anulables), cuando al momento de la celebración del acto, la enfermedad era visible (idiotismo o imbecilidad) y, en consecuencia, la otra persona actuó de mala fe. Además, si la enfermedad no era tan visible, pero la otra parte igualmente percibe alguna dificultad mental y, aprovechándose de ello, contrata con ésta buscando un rédito económico. Y, por último, si se tratase de una transacción a título gratuito y el presunto incapaz estaba bajo algún tratamiento psicológico o se percibía su enfermedad mental. **Nulidad relativa**

Artículo 45 CCyC: *Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:*

- a) *La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto*
- b) *Quien contrató con él era de mala fe*
- c) *El acto es a título gratuito.*

Nulidad del supuesto previsto por el artículo 46: Persona fallecida. Nulidad relativa.

Artículo 46 CCyC: *Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.*

Esto es el caso en el que una persona fallece, sus herederos no pueden solicitar la restitución de los bienes, y el acervo sucesorio, alegando que era una persona incapaz al momento de haber realizado las transacciones. **Excepcionalmente** se pueden anular los actos anteriores celebrados por la persona ahora fallecida:

- **Cuando la enfermedad mental resulte del acto mismo:** antes de morir, el presunto incapaz otorga sus bienes a un animal para que se los administre.
- **Cuando se promovió la acción de declaración de incapacidad, con posterioridad al análisis efectuado por los médicos, la persona fallece:** en este contexto, los profesionales podrán alegar que la persona efectivamente padecía de algún problema mental.
- **Si el acto fue a título gratuito:** si el presunto incapaz realizó donaciones, antes de su muerte, se podrá impugnar el acto demostrando la mala fe de la otra parte.

- **Acto celebrado con mala fe:** cuando una persona contrata con una persona presuntamente incapaz y, aprovechándose de su falta de discernimiento, busca réditos económicos.

Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

Artículo 47 CCyC: *Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

Los sistemas de apoyo y salvaguarda

Artículo 43 CCyC: *Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El apoyo judicial se trata de aquel nombrado en la sentencia que dicta el juez, según la cual declara la incapacidad o la restringe.

Características del nuevo sistema de capacidad y salud mental

- 1) Adaptación terminológica a la CDPD incorporando las expresiones **apoyos, ajustes razonables, accesibilidad, autonomía, recursos personales, familiares y sociales**, entre otros.
- 2) Ratificación del criterio generado por la Ley de Salud Mental de la capacidad como regla y las incapacidades como excepción establecida por sentencia que precise los actos y las funciones que se limitan (arts. 37 y 38 CCyC)
- 3) Establecimiento de la regla general de un sistema de apoyos (arts. 32 y 43 CCyC)
- 4) Amplio reconocimiento del derecho de la persona implicada a participar del proceso y a ser escuchado (arts. 31, 33, 35, 36, 43 y concordantes CCyC).
- 5) Ratificación del criterio de revisión de sentencia incorporado por la Ley de Salud Mental (art. 40)
- 6) Ratificación y mejora del criterio de intervención interdisciplinaria que ya surgía de la Ley de Salud Mental (arts. 31, 37 y 40).
- 7) Incorporación de los criterios que rigen la actuación de los apoyos, quienes “deben promover la autonomía” (arts. 32 y 43 CCyC), “favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida (art. 32 CCyC) y “facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (art. 43 CCyC).
- 8) Incorporación de los criterios sobre accesibilidad y ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de la persona implicada (art. 35 CCyC).
- 9) Regulación de los criterios de actuación del juez en el discernimiento de los apoyos, para “evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses e influencia indebida”.

- 10) Ratificación de los criterios de la Ley de Salud Mental sobre internaciones involuntarias, con independencia de la decisión sobre capacidad (arts. 31 y 41 CCyC).
- 11) Garantía de acceso gratuito a la asistencia letrada (arts. 31 inc. e CCyC).
- 12) Recepción del instituto de las directivas anticipadas en materia de capacidad (arts. 43 y 139 CCyC), aunque con algunas limitaciones.

Cuestiones abiertas

En el nuevo Código Civil y Comercial encontramos **tres supuestos** en los que aparecen **sistemas de sustitución de voluntad**:

- **Incapaces:** Artículo 32 *in fine*. La regla general del artículo 100 del CCyC dispone: “Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí”.
- **Persona con capacidad restringida con apoyo de representación:** Artículo 101 inciso c: “c): de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados, conforme a la sentencia éstos tengan representación para determinados actos”.
- **Curador provisorio como medida cautelar:** Según el artículo 34, entre las medidas cautelares que puede adoptar el juez, se encuentra el nombramiento de un **curador** con funciones de representación. Ese caso debe entenderse vinculado con el artículo 32 *in fine*
- Se abandonó la noción de **incapacidad absoluta** y, si bien se establece un sistema de representación, la sentencia debe personalizar las funciones y actos que se limitan aún en los casos de incapacidad.
- Subsiste el derecho a participar en la toma de decisiones
- La persona puede dejar indicadas directivas anticipadas en materia de capacidad y particularmente en materia de salud (arts. 60 y 139)
- La representación queda limitada a supuestos muy excepcionales precisados por el artículo 32
- Las normas citadas apuntan a la protección de la que habla de CDPD y procuran lograr ese balance entre protección y autonomía
- La representación puede tener iniciativa en materias delicadas, como administración de bienes y cobro de deudas.

Video 21: Derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial - Disposiciones generales (1/3)

Derechos personalísimos

Derechos personalísimos. Concepto.

Los derechos personalísimos son derechos subjetivos que reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales

Características

Los **derechos personalísimos** tienen un conjunto de **caracteres** demostrativos de su autonomía.

- **Innatos:** Porque son connaturales o como nacidos con el sujeto mismo. Por el solo hecho de comenzar a ser persona, se tienen esos derechos personalísimos, sin que haya otra entidad captable que deba necesariamente verse unida a ese comienzo. Por oposición a los innatos, los derechos derivados requieren tener alguna condición que el orden jurídico contempla al margen o aparte del hecho de empezar a ser sujeto.

- **Vitalicio:** Porque siguen a la persona durante su vida. Imposible pensar a la persona humana sin honor, libertad, vida respetada, etc. Luego, no pueden faltar en ningún instante de la vida y terminan con la muerte del portador de ellos.
- **Necesarios:** Los personalísimos, dado que son el mínimo indispensable para el contenido de la existencia de la persona, son esenciales y no derivados ni eventuales. Si el ordenamiento normativo desconociera estos derechos, todos los otros derivados o adquiridos –eventuales– perderían interés para el individuo, porque de nada valdría tener propiedad, derechos de familia, etc. Si no se respetara la libertad, la vida, el honor.
- **De objeto interior:** Debido a que son manifestaciones o facetas del hombre como persona, están indisolublemente unidos a él. De este modo, aunque la persona es conceptualmente anterior a los derechos que le corresponden, los personalísimos aparecen inmediatamente unidos, porque provienen de la sola condición de ser persona.
- **Inherentes:** Porque son intransmisibles en virtud de su inescindible unión con la persona. Muchos otros derechos no personalísimos son también inherentes, pero es un carácter que les corresponde por no transmitirse a los herederos.
- **Extrapatrimoniales:** En el sentido de que no pueden ser medidos o mensurados en dinero. No asientan sobre bienes estimables o calculables pecuniariamente.
- **Relativamente indisponibles:** Quiere esto decir que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente. Pero sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial o transitoria.
- **Absoluta:** Pues al igual que el derecho de propiedad y los reales en general, se oponen a todos los demás miembros de la sociedad, reconociéndose una obligación pasiva universal al respecto. O sea, que son oponibles *erga omnes*.
- **Privados:** Ya que se ubican en el ámbito del actuar de los particulares. Aunque existen derechos subjetivos públicos, los personalísimos atañen a los conflictos e interferencias entre las personas.
- **Autónomos:** El conjunto de las notas y características nos ponen frente a una figura particular, no identificable con otras, y por eso puede llamárselos autónomos.

Clasificación

- **Derechos de la integridad física:** Comprenden la vida y las facultades que ejerce la persona sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Son de esta clase el derecho a vivir, y los que se identifican con la existencia vital del cuerpo, sus partes y detalles; los derechos relaciones con la salud y los medios para preservarla u obtenerla, y, finalmente, los derechos sobre el destino del cadáver.
- **Derecho de libertad:** No solamente atiende al problema físico: el movimiento, la locomoción, sino también en lo concerniente a la expresión de las ideas, la realización de actos o negocios, el empleo sin trabas de la fuerza física y espiritual.
- **Derechos de la integridad espiritual:** Estos comprenden, en primer lugar, el honor; después la imagen; la intimidad o vida privada, y por último, la identidad.

Derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial

Metodológicamente, el **Código Civil y Comercial** incorpora los **derechos personalísimos** en capítulo 3 del Título Primero (de la persona humana) del Libro I (Parte General): **Artículos 51 a 61**

Principio de inviolabilidad

Artículo 51 CCyC: *Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

Artículo 52 CCyC: *Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos*

Artículo 17 de la Constitución Nacional: *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.*

Artículo 18 de la Constitución Nacional: *Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Juicio por daños y perjuicios*

En la **Constitución Nacional** establece que lo que es inviolable son los bienes de la persona, no la persona en sí mismo.

Para algunos autores, el **artículo 51** del Código tendría que decir que en realidad lo que es inviolable no es la persona, sino sus bienes, teniendo en cuenta la norma fundante que es la Constitución Nacional en los artículos 17 y 18. Para otra postura se entiende que lo que en realidad es inviolable es la persona en sí misma basándose en el artículo 57 del Código

Artículo 57 CCyC: *Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.*

Existen dos formas de evitar que se viole el derecho a la dignidad, conforme lo establece el artículo 52:

- **Prevención:** Procurar que no ocurra el hecho que menoscabará la dignidad de la persona
- **Reparación:** En el caso de que ocurriese el hecho del inciso precedente, se trata de volver las cosas a la situación anterior al hecho que ocasionó la lesión del derecho; y, en el caso de que no se pueda retrotraer, indemnizar los daños ocasionados.

Relativa indisponibilidad

Artículo 55: *Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.*

Este artículo establece que los derechos personalísimos no son disponibles salvo que existiera el consentimiento para tal y éste no fuera contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres.

Derecho a la libertad

Artículo 19 CN: *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.*

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El **artículo 19** de la **Constitución Nacional** consta de **dos partes**: La **primera parte** se llama **derecho a la intimidad** de las personas y es una prohibición a que el Estado se entrometa en la vida privada de cada ciudadano

Y la **segunda parte** consta del **principio de reserva constitucional**, es decir, en tanto no haya una norma que obligue a las personas a actuar de determinada manera o que prohíba ejecutar una conducta, se es libre de actuar al criterio de cada ciudadano, siempre y cuando no afecte a la moral y buena costumbre. Este principio es la base o el fundamento del **derecho a la libertad**

Video 22: Derechos personalísimos - Derecho a la integridad física (2/3)

Derecho a la integridad física: la vida

Derecho a la vida

El derecho a la vida se trata de un respeto y compromiso para con la vida humana, propia y ajena.

Tutela del derecho a la vida

***Artículo 33 de la CN:** Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. De manera tácita, más allá de que no estén mencionado expresamente el derecho a vivir en la Constitución, por este artículo está tutelado de manera implícita*

El **derecho a la vida** siempre fue considerado como un **derecho implícito** de la **Constitución Nacional**.

Cuando en 1994 se reformó la Constitución, se incorporaron, con jerarquía constitucional y en forma complementaria con la primera parte de la norma suprema, los Tratados de Derechos Humanos, el derecho a la vida fue incorporado indirectamente en ésta (**Artículo 75, inciso 22** de la **Constitución Nacional**).

- Declaración Universal de Derechos Humanos: Artículo 3
- Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 4
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 6
- Convención sobre los Derechos del Niño: Artículo 6
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Artículo 10

Derecho a la integridad física

El cuerpo es la parte orgánica del hombre, que importa el soporte físico de la vida y se une a ella de modo que puede sostenerse que el hombre es corpóreo y que el cuerpo no es una cosa, en su acepción de objeto material susceptible de valor y tampoco, por ende, puede ser objeto del derecho de propiedad. El corte, extracción o ablación lo que las separa, ya se trate del pelo, la leche, la sangre, algún miembro amputado, etc., no son objetos sin dueño, sino que pertenecen al que ejerce el derecho al cuerpo del cual se han separado.

No es válido el acto por el cual la persona enajena una parte de su cuerpo, todavía no separada, si esa parte no es renovable y su ablación implica un ataque a la integridad corporal, el cirujano puede cometer delito de lesión, y el contrato, obligándose a darla (inclusive sobre los renovables) no tiene efectividad, pues la persona puede arrepentirse hasta el último momento de entregar una parte de su cuerpo. El arrepentimiento no trae consecuencias; pero, cuando por algún motivo hay entrega espontánea para la

ablación o extracción, las cosas que surgen de ese acto no son de la persona que la practica ni de cualquier otro que pretenda apropiarse, sino del sujeto de la cual provienen.

Cuando los elementos ortopédicos o mecánicos se unen al cuerpo llenando funciones imprescindibles para vivir, y no es posible sacarlos sin producir graves consecuencias en el organismo, dejan de ser cosas que están en el comercio y se transforman, recíprocamente, en bienes personalísimos del individuo en el cual se han implantado.

Artículo 54 CCyC: *Actos peligrosos. No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.*

El cuerpo humano como objeto de los actos jurídicos

El cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes, una "cosa" en el sentido jurídico de objeto material susceptible de valor económico. Por tanto, son nulos los actos jurídicos que tengan por objeto el cuerpo humano o partes no separadas del mismo, aunque se trate de partes susceptibles de renovación como sangre, leche de madre, cabellos, etc.

Luego de la separación del cuerpo humano de algunas partes renovables del mismo, tales elementos pueden ser objeto de actos jurídicos, con tal que la separación y el acto ulterior se haya efectuado por la voluntad del propio interesado o de las personas autorizadas para suplir su voluntad.

Artículo 56 CCyC: *Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.*

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

Trasplantes de órganos "in vivo" (Ley 24.193)

- **Órganos Renovables:** Considerados tales, la sangre, la piel, el pelo, médula ósea, hígado, etc., se entiende que es legítimo cederlos en beneficio de otras personas que pueden necesitarlos. Ello siempre que el dador no quede debilitado irrecuperablemente. Los órganos renovables son objeto de ablación. A nadie se puede obligar a ello, ni por sanción ni por pena, menos aún para investigaciones judiciales, pues sería admitir una prueba contra sí mismo, lo cual atenta contra el principio de defensa, y va contra el derecho personalísimo al cuerpo.
- **Órganos No Renovables:** Los trasplantes de órganos no renovables producen necesariamente una disminución de la integridad física del individuo.

Trasplantes de órganos *post mortem* (Ley 26.066)

La **Ley 26.066** establecía que todas las personas son donantes presuntos *post mortem*. Sin embargo, esta presunción era *iuris tamtun* (que admite prueba en contra), es decir, el **artículo 61 del CCyC**

Artículo 61 CCyC: *Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.*

Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad

Esto es, si bien se presumía que todos los fallecidos eran donantes de órganos, si no estaba clara la manifestación de la voluntad del muerto, la decisión correspondían a los parientes del mismo.

Sin embargo, el **artículo 61** fue **derogado** por la **Ley 27.447 “Ley Justina”**, donde se termina que todos somos donantes presuntos *post mortem*. Entonces se pasa de una presunción ***iusuris tamtun***, que aceptaba prueba en contra porque los parientes tenían la última palabra, a una ***iure et de iure***, que no admite prueba en contra, eliminando la duda sobre la manifestación o no de la donación de los órganos del fallecido.

Cabe una aclaración respecto a la **donación en vida**: Cuando la donación de órganos se trate entre personas que no tienen **ninguna relación de consanguinidad**, como el derecho al cuerpo tiene una tutela tan intensa, es necesario que la persona que lo va a hacer inicie ante un juzgado civil una **medida cautelar**, que es un proceso judicial en donde se está solicitando al juez la necesidad de que autorice el trasplante porque, en caso de que no se realice, se generará un daño grave e inminente. El interesado tendrá que presentar el protocolo médico, demostrar quién será el beneficiario, en qué circunstancias se da, qué enfermedad tiene, la necesidad imperiosa de que el juez apruebe la donación ante la posible muerte; y una vez que el juez lo habilite, se podrá presentar en el INCUCAI para proceder la donación. Cuando se trate de un trasplante entre **parientes consanguíneos**, no es necesario mediar autorización de un juez que habilite la operación.

Respecto a los **extranjeros**, la **Ley 26.066** impuso un límite porque todo extranjero que necesite ablación de órganos no es simplemente irse a anotar al INCUCAI para recibirlo. Primeramente, deberá presentar un certificado médico otorgado por un médico de su país de origen que justifique por qué necesita el trasplante, qué problema médico o clínico posee que los justifica.

A continuación, ese certificado médico tiene que ser aprobado por el Ministerio de Salud de su país y por el Ministerio de Salud de Argentina y finalmente, luego de ambas aprobaciones, podrá ingresar en la lista de espera para recibir un órgano en el INCUCAI.

Prácticas eugenésicas

Artículo 57 CCyC: *Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.*

Experiencias científicas

En cuanto a las **experiencias científicas**, en las cuales se pone en peligro la continuidad de la vida, se han dado casos como el del sometimiento a una operación experimental, o a una inoculación virósica para descubrir el desarrollo de la enfermedad y la posibilidad de obtener el remedio o la vacuna. Pueden establecerse las siguientes bases para definir la **legitimidad** de dicha **conducta**:

- Tiene que tratarse de una experimentación en beneficio de la humanidad
- A pesar de ello, no es aceptable el compromiso contractual obligatorio y la ruptura de ese compromiso por parte de la persona que se ofrece, no debe producir ninguna repercusión en su contra
- No es aceptable que el riesgo sea comprado con dinero u otros beneficios, pues habría una mercantilización no altruista, que sería contraria a la moral y buenas costumbres
- Sólo sería admisible el acto espontáneo que, además, no significara la absoluta certeza de la muerte del sometido y que fuera prudentemente considerado, tomándose todas las precauciones necesarias para evitar ese desenlace.
- Tiene que haber alguna probabilidad de éxito en la experimentación, para evitar un sacrificio inútil.

Artículo 58 CCyC: *Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:*

- Describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación*
- Ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas*
- Contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación*
- Contar con la autorización previa del organismo público correspondiente*
- Estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga*
- Contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;*
- No implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación*
- Resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal*
- Asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida*
- Asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.*

Consentimiento informado

Artículo 59 CCyC: *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

- Su estado de salud*
- El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos*
- Los beneficios esperados del procedimiento*
- Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles*
- La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto*

- f) *Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados*
- g) *En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable*
- h) *El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.*

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Directivas médicas anticipadas

Artículo 60 CCyC: *Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Video 23: Derechos personalísimos - Integridad espiritual (3/3)

Derecho sobre la integridad espiritual

Derecho al honor.

El **honor** es la dignidad personas reflejada en la consideración de los terceros o en el sentimiento de la persona misma.

Es un derecho fundamental relacionado con la **intimidad personal y familiar** y la **propia imagen**. Pertenece a la esfera privada de la persona y constituye un bien integrante de los derechos de la personalidad del individuo.

El **honor** puede **dividirse** en:

- a) **Honor subjetivo u honra** que viene a ser la propia estima; el respeto de la propia dignidad. Esta clase de honor corresponde a todos los seres humanos desde el principio de su existencia como personas. Inclusive las personas de mala conducta o aborrecidas por la sociedad, tienen autoestima

y no puede ofendérselas sin atacar su derecho personalísimo.

- b) **Honor objetivo u honor propiamente dicho**, que es la aureola o fama que una persona obtiene por la estima de los demás, en mérito de sus virtudes o talentos. Este honor depende del concepto que los otros se han formado de esa persona, de modo que puede pensarse en la ausencia de esa clase de honor cuando la persona no tiene ninguna trascendencia social. Aquellas que, en cambio, lograron edificar en torno de sí una elevada consideración, pueden ser vulneradas con actos que para ellos constituyan desmerecimiento.

En el derecho civil, los actos que por dolo o culpa signifiquen ofensas al honor (la injuria y la calumnia), en principio no pueden ser absuelto por la prueba de la llamada *exceptio veritatis*, o sea, la demostración de la verdad de la culpa atribuido o del defecto difundido. La sola injuria, que es un acto ofensivo directo (insulto, desprecio, golpe sin consecuencias en público, difusión de un defecto deshonoroso), no puede ser disculpado aunque el ofensor demuestre que era cierto el acto, sea por merecido o por existir el defecto. Aquí no tiene ningún efecto la prueba de la verdad, porque de todos modos se ha herido el bien del honor y en el derecho penal tampoco se admite la excusa.

Cuando se utilice maliciosamente para la designación de personajes o cosas y cause perjuicio moral o material, puede demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños.

Como norma vigente que protege este derecho a nivel internacional se encuentra:

- El Pacto de San José de Costa Rica, contemplando en su artículo 11 la honra y la dignidad. Allí se distingue la "honra" (honor subjetivo) y la "reputación" (honor objetivo).
- Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 12
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 19

Además de la **injuria** y la **calumnia**, hay otros delitos que afectan el honor de la persona:

- **Violación**: el acceso carnal contra la voluntad de la persona o cuando ésta se encontrara impedida de repelerla
- **Estupro**: es tener un acceso carnal con una persona menor de trece años, que carecen del discernimiento suficiente para comprender el acto que está realizando
- **Rapto**: desde el punto de vista civil, es la privación de la libertad con fines sexuales

Frente a calumnias o injurias, el derecho otorga la posibilidad, al damnificado, por ese delito de calumnias, el derecho a réplica.

Que exista el derecho a réplica no significa que una persona no sufra un daño moral por la calumnia que sufrió. Entonces, cuando una calumnia genera un daño, todo daño hace nacer la obligación de repararlo mediante una acción de daños y perjuicios. Sin embargo, la acción por daños y perjuicios, requiere que el agraviado esté con vida para iniciarla porque el daño moral sufrido sólo él puede probarlo cuánto lo padeció. Muerto el agraviado, no pueden terceros iniciar la acción.

Por otra parte, al hablar de **derecho al honor** y la **integridad moral**, está estrechamente vinculado con la **intimidad** de las personas, con los actos de la vida privada. La intimidad está comprendida y protegida en dos partes, tanto en el **derecho público** como en el **derecho privado**.

En el **derecho público** está tutelado en el **artículo 19, primera parte**, de la **Constitución Nacional**:

Artículo 19 CN: *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.*

No es objeto del Estado los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que ese actuar íntimo no afecte los derechos de terceros.

En el **derecho privado** se encuentra tutelado por el **artículo 1770 del Código Civil y Comercial**

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

Artículo 1771 CCyC: *Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.*

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

Reparación por lesión al honor

Artículo 1740 CCyC: *Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.*

Habeas data

Un aspecto importante del derecho a la intimidad refiere a la protección de los datos personales

Artículo 43, tercer párrafo Constitución Nacional: *Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*

Ley 25.326 – Protección de los datos personales

Artículo 1º: *La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.*

Derecho a la imagen

La **imagen** es la representación física de la persona. Así como él **nombre** es la individualización y por medio de su uso pueden lesionarse el honor y la intimidad, también los rasgos caracterizantes del cuerpo y de sus cualidades la individualizan, como si fuera una impronta o marbete, que la señala de modo muy significativo.

Artículo 53 CCyC: *Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:*

- a) *Que la persona participe en actos públicos*
- b) *Que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario*
- c) *Que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.*

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Derecho a la identidad

Es el derecho a ser considerado en el medio social con el conjunto de cualidades y características (dinámicas) que permiten individualizar a cada uno en la valoración de los demás.

La identidad es la que surge de la objetiva y media apreciación social que, como tal, impone a sus miembros el deber de respetar.

Algunos autores extienden el concepto de identidad personas a una faceta “estática” de la persona, como lo es la **identidad biológica** e incluso a iniciar acciones de filiación. Surge a partir de los gravísimos casos de personas nacidas y privadas de su identidad por desaparición forzada de sus padres.

Video 24: Fin de la existencia de la persona humana en el Código Civil y Comercial

Originariamente, se entendía que la muerte de las personas operaba en un instante. Sin embargo, luego de hechos que se verificaron en cementerios o mausoleos al abrir los cajones y encontrar rasguños, toda vez que habían sido enterrados sin esperar el tiempo prudencial para certificar que la muerte había sido tenida como cierta, se comienza a tomar recaudos para certificar que efectivizar la persona hubiera fallecido. De esta manera, se entiende que la muerte no es un proceso que opere en un instante.

Régimen jurídico de la muerte

Para el derecho, la muerte es un hecho jurídico natural con el cual culmina la existencia de la persona humana.

Primeramente, **Vélez** definía a la **muerte** de las **personas físicas**:

Artículo 103 Código Civil: *Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas.*

Es de notar que la calidad **natural** de la muerte no queda excluida en los casos de **muerte violenta**, en que igualmente ese hecho pone término a la existencia de la persona y afecta consiguientemente a las

relaciones jurídicas que ella tenía constituidas.

El calificativo **natural** se **opone** a la llamada **muerte civil**, a la que continúa refiriéndose aquella disposición. Por muerte natural se entiende por muerte propia del ser humano; esto es, muerte por vejez o decrepitud o por alguna enfermedad terminal. Tampoco se excluía a la muerte violenta, por ejemplo, si una persona muere en un accidente automovilístico. A los efectos del artículo, también se consideraba muerte natural ya que se trataba de una persona física.

Por **muerte civil** se entiende a la sanción que se le aplicaba a la persona como consecuencia de haber cometido un **delito de trascendencia**.

La antigua legislación española que estaba en vigor al tiempo de producirse la sanción del Código Civil, admitía como otra causa de extinción de la personalidad jurídica de los seres humanos, además de la muerte efectiva, la llamada **muerte civil**, que alcanzaba a título de **pena** a los **condenados a deportación** o a **cadena perpetua**, y también a los **religiosos profesos** por la incidencia del voto religioso en la vida civil. El muerto civilmente era reputado fallecido para todos los efectos civiles: de ahí que se abriera la sucesión de sus bienes y se los adjudicara a sus herederos legítimos o testamentarios; de ahí también que se tuviera por disuelto el matrimonio civil y se autorizara al otro cónyuge a celebrar nueva unión. En el Código de Vélez la muerte civil no estaba autorizada.

Respecto al **Código Civil y Comercial – Ley 26.994**, la muerte estaba contemplada en el **artículo 93**:

Artículo 93 CCyC: *Principio general. La existencia de la persona humana termina por su muerte.*

Prueba de la muerte

Artículo 94 CCyC: *Comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver*

La forma de acreditación de la muerte de la persona es mediante un **profesional** o **médico** extienda un **certificado de defunción**. En este certificado, que se emite en presencia del cadáver, e debe individualizar:

- a) Nombre de la persona
- b) Documento de identidad
- c) Domicilio
- d) Razón del fallecimiento: hecho que culmina la vida de la persona
- e) Indicar día y hora de la muerte. Este elemento es el más relevante porque, en ese instante que opera el fallecimiento, se verifica la **transmisión hereditaria**

El certificado corresponde presentarlo en el **Registro de Capacidad y Estado de las Personas**. En este **registro** se encuentran los libros de nacimientos y de fallecimientos de todas las personas del país. El **certificado** será **transcripto** al **libro** último para constar legalmente que la persona murió. Una vez realizada la transcripción, los herederos deberán de presentarte ante esta institución solicitando la **partida de defunción**, que es el puntapié inicial para comenzar el juicio sucesorio. La **partida de defunción** (instrumento público) no es más que una copia que le extiende el Registro a los herederos del libro de fallecimientos donde quedó asentada la muerte de la persona.

Artículo 96 CCyC: *Medio de prueba. El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil.*

Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República.

Ley 26413: establece los **requisitos** que deben cumplir los **certificados médicos** expedidos y necesarios para la **partida de defunción**.

Comprobación de la muerte – Antecedentes

Ley 21.541 de 1977

Artículo 21 – Ley 21.541: *El fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica será verificado por un equipo médico. La certificación del fallecimiento se hará constar en el acta especial.*

La reglamentación determinará:

- a) *La especialidad de los profesionales que integrarán el equipo médico*
- b) *Los signos que deben comprobarse y los procedimientos que deben realizarse, en su totalidad y como mínimo, para arribar al diagnóstico de muerte conforme los progresos científicos*
- c) *El contenido del acta de referencia*

Ley 24.193 de 1993

La **ley 24.193** estipula los requisitos que se deben tener en cuenta para declarar que una persona ha fallecido. Cuando a una persona se la presume como fallecida, previo a su declaración como tal, corresponde que al cuerpo se lo ubique en una situación (camilla) y se lo observe por un plazo de **6 horas ininterrumpidas** y analizar cómo responde.

Las **manifestaciones del cuerpo** que permite la **declaración de muerte** de la persona son:

- Ausencia de respuesta cerebral
- Pérdida absoluta de la conciencia
- Ausencia de la respiración
- Las pupilas deben ser no reactivas, es decir, no debe pestañear
- Inactividad encefálica

Más allá de tener que esperar estos signos durante seis horas para poder ameritar la muerte de una persona, esto no se aplica si se está en presencia de un **paro cardiorrespiratorio irreversible** ya que se **declara directamente** como fallecida.

Otro hecho o característica que delata que la persona ha fallecido: **Rigor mortis**. El **rigor mortis** es la característica que presenta el cuerpo de una persona efectivamente fallecida que, luego de operar entre las **3 y 12 horas** de su fallecimiento, se produce un cambio químico en los músculos que causa un estado de **rigidez e inflexibilidad** en las extremidades y una dificultad para mover o manipular el cadáver.

Clínicamente, desde el punto de vista de la medicina, es menester que la persona verifique un **paro cardiorrespiratorio irreversible**; esperar **6 horas y analizar las manifestaciones** corporales o la presencia del **rigor mortis** para declararla **muerta**.

Artículo 23 – Ley 24.193: *El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:*

- a) *Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia*
- b) *Ausencia de respiración espontánea*
- c) *Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;*
- d) *Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).*

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

Ley 27.447 de 2018

Artículo 36 – Ley 27.447: *Certificación del fallecimiento. El fallecimiento de una persona puede certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas. Ambos se deben reconocer mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación.*

Artículo 37 – Ley 27.447: *Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación y las pruebas diagnósticas que se requiera de acuerdo a las circunstancias médicas, para la determinación del cese de las funciones encefálicas, se deben ajustar al protocolo establecido por el Ministerio de Salud de la Nación con el asesoramiento del INCUCAI.*

En el supuesto del párrafo anterior la certificación del fallecimiento debe ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que tiene que figurar por lo menos un (1) neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos debe ser el médico o integrante del equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido.

La hora del fallecimiento del paciente es aquella en que se completó el diagnóstico de muerte.

Conmoriencia

El día que una persona fallece, ese mismo instante que se produce el óbito y opera la transmisión de bienes. Asimismo, la doctrina y jurisprudencia se preguntaban qué sucedía en las situaciones en donde dos o más personas que tuvieran un vínculo de parentesco morían en un desastre común y no se puede comprobar quién murió primero. A estos efectos, se buscaba determinar quién le transmitió los bienes al otro y, eventualmente, este último se lo transmitió a su descendencia.

Para **Vélez**, cuando no se podía determinar a ciencia cierta quién había fallecido primero, correspondía establecer que **todos murieron al mismo tiempo**, que no operó transmisión hereditaria entre ellos. Consecuentemente, los herederos iniciarán el juicio sucesorio respecto de cada uno de ellos.

El **Código Civil y Comercial** establece:

Artículo 95 CCyC: *Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario.*

Existe también conmoriencia cuando dos personas con vínculo parentesco mueren al mismo tiempo, pero en distintas zonas geográficas y, por consiguiente, con diferentes usos horarios y no se trate de un desastre común. En este caso, también se aplica el artículo 95.

Prueba supletoria del fallecimiento

Artículo 98 CCyC: *Falta de registro o nulidad del asiento. Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba.*

Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta.

Para poder realizar la inscripción de una muerte en el Registro correspondiente es necesario el certificado de defunción labrado en presencia del cadáver de la persona. No obstante, existen situaciones en las que la persona puede morir, **se tiene por cierto su fallecimiento** (naufragio, accidente aéreo), pero se desconoce el paradero de su cuerpo.

En este sentido, se puede suplir el certificado de defunción por un medio administrativo. Así, se inicia una acción ante el juez probando la **muerte cierta** de la persona.

Efectos de la muerte

En los términos del **artículo 2277** del **Código Civil y Comercial**:

Artículo 2277, segundo párrafo CCyC: *“La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento*

Con la **muerte** se **extinguen**:

- Dada la característica de vitalicios, los **derechos personalísimos**, pero subsiste la protección jurídica al honor, a la intimidad e inviolabilidad de los papeles privados
- Los **atributos de la persona**: nombre, capacidad, estado, domicilio y patrimonio (en concepto de atributo)
- Se extingue el **estado civil**, aunque subsisten efectos a los fines sucesorios
- La **responsabilidad parental** será ejercida por el cónyuge superviviente
- Los **derechos de autor** serán gozados por los herederos por un lapso de 70 años desde que muere su autor.
- Las obligaciones se traspasan a los herederos, tanto si es deudor como acreedor. Los **derechos reales** que no se transmiten son: **uso, habitación y usufructo**. El resto sí.

Un tipo de obligaciones que no se transmiten son las **intuitu personae**: son aquellas obligaciones que contrajo el causante por sus cualidades personales, por tipo de actividad que realizaba y es por este motivo que celebró el contrato o se lo contrató

Ejemplo: en caso de fallecimientos de un artista plástico que estaba contratado y trabajaba para una empresa, sus herederos no pueden realizar las obras que él hacía.

En el **ámbito previsional** se encuentran las **jubilaciones y pensiones**. La **jubilación** es una prestación previsional que le corresponde a una persona si alcanzó la edad y años de servicios con aportes que exige la ley. Por su parte, la **pensión** es la prestación ante el fallecimiento de un/a trabajador/a para que su grupo familiar pueda continuar con la cobertura de seguridad social. Fallecido el jubilado, el cónyuge e hijos tiene la posibilidad de cobrar la jubilación y pensión del fallecido. Sin embargo, no podrá acumular más de dos beneficios previsionales.

Video 25: Presunción de fallecimiento en el Código Civil y Comercial

Ausencia

La **ausencia** significa o se da cuando una persona desaparece de su **domicilio** o **residencia** sin que se tenga noticias de ella y **desconociendo** su **paradero**.

Existen **distintos tipos** de **ausencia**: **ausencia simple** (art. 79 CCyC), **ausencia por presunción de fallecimiento** (art. 85 CCyC), **ausencia por desaparición forzada de persona** (que contempla la solicitud para la adquisición de los bienes del causante y el beneficio extraordinario).

Ausencia simple

La **ausencia simple** es cuando una persona desaparece de su domicilio o residencia y ha dejado bienes de magnitud que deben ser administrados. Pero no se lo puede declarar muerto y traspasar la titularidad de los bienes porque, justamente, la finalidad de la figura de la ausencia simple es la de **proteger los bienes** de una persona que desapareció pero que no se la puede considerar muerta.

Artículo 79 CCyC: *Ausencia simple. Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.*

Para que una persona pueda pedir la ausencia de otra, es menester que haya **desaparecido** de un domicilio, **no se tenga noticias** de su paradero. El **Código** no establece el **plazo** que debe esperar una para **solicitar la ausencia simple**, la persona puede iniciar el juicio en cualquier momento cuando vea que otra persona haya desaparecido, tenga **bienes** que se están **deteriorando** y que no haya transcurrido **3 años** desde el hecho en cuestión. Transcurrido los tres años, ya rige el juicio de **ausencia por presunción de fallecimiento**.

Si la persona desaparece, pero ya tiene un **administrador** de los **bienes de magnitud**, que él mismo designó, **no se puede** pedir la **ausencia simple**.

Si, en el caso de haber dejado **designado uno**, pero los **poderes sean insuficientes** de manera tal que solo le permite ejercer determinadas acciones sobre la totalidad de los bienes, sí procede la **ausencia simple**.

Si el administrador **no desempeña** sus tareas de **manera correcta** (malversación de fondos o bienes), los herederos forzosos inicien una causa penal contra esta persona designada por el mal desempeño en sus funciones y, se comprueba tal delito, se lo **remueve** y se **inicia el juicio de ausencia simple** y se dispone de otro curador.

Legitimados

Artículo 80 CCyC: *Legitimados. Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente.*

Pueden iniciar el juicio por ausencia simple el **Ministerio Público**, que es el órgano del Estado que se encarga de tutelar los bienes de todas las personas que son consideradas incapaces de ejercicio. Además, todas las **personas** que están **vinculadas con los bienes**, esto es, los **herederos**. También pueden pedirla los **socios** y los **acreedores del ausente**.

Juez competente

Artículo 81 CCyC: *Juez competente. Es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido.*

El juez que interviene, ante el cual las partes se presentan para iniciar el juicio de ausencia simple, es el del **último domicilio** que tuvo el **ausente**. Si no se puede establecer el domicilio del ausente, el juez que interviene es el del lugar **donde están los bienes abandonados** cuyo cuidado es necesario.

En caso de que los bienes se encuentren en distintas jurisdicciones, en cada lugar donde se encuentren tendrán que iniciar un proceso de ausencia simple para designar un curador. Rige el principio general **forum rei sitae**: *Las acciones reales sobre un inmueble se rigen por la ley de la jurisdicción donde está aplicado*

Procedimiento de la ausencia

Artículo 82 CCyC: *Procedimiento. El presunto ausente debe ser citado por edictos durante cinco días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.*

Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan.

1° párrafo: Antes de iniciar el juicio por ausencia simple, el juez ordenará a la parte interesada que publique **edictos** en el **Boletín Oficial** por **5 días** avisando el juzgado y el nombre de la persona respecto de la cual se la quiere declarar ausente simple. Finalizado los cinco días, se tendrá que esperar otros **30 días** para que aparezca la persona o su apoderado.

Vencido el plazo y no aparece, corresponde que el **juez** designe un **abogado** que va a **representar** los **derechos e intereses** del **ausente**. Y el Ministerio Público siempre es una parte esencial del proceso y llevará a cabo el contralor de la prueba y el desarrollo del caso.

3° párrafo: Como consecuencia de la prolongación en el tiempo del proceso y ante la presencia de bienes de magnitud del ausente, corresponde que se designe un **curador provisorio** que administrará los bienes el tiempo que sea necesario. Finalizado el proceso, culminan las funciones del curador y se lo sustituye por el curador definitivo.

Sentencia

El proceso culmina con un **dictamen** del juez que designa a la persona que será **curador y representante** de los bienes del ausente.

Artículo 83 CCyC: *Sentencia. Oído el defensor, si concurren los extremos legales, se debe declarar la ausencia y nombrar curador. Para la designación se debe estar a lo previsto para el discernimiento de curatela.*

El curador sólo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.

Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

1° párrafo: La **ley 14.394** establecía en su **artículo 19** quienes eran las personas autorizadas para ser curadores Para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente, en el siguiente orden:

- El cónyuge, cuando conservase la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal
- Los hijos
- El padre o la madre (Inciso sustituido por art. 13 de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/85)
- Los hermanos y los tíos
- Los demás parientes en grado sucesible.

En caso de que tuviera **cónyuge**, si ésta no lo puede pedirlo, los **grados de parentesco** para solicitar la ausencia simple se extiende hasta el **segundo grado** de parentesco por **afinidad**: los suegros del ausente, los abuelos de la cónyuge y los cuñados del ausente.

2° párrafo: El **curador** no se lo designa para entregarle los bienes y ponerlos en su titularidad, sino sólo la **posesión**. Éste **no puede enajenarlos, hipotecarlos, alquilarlos** ni hacer **sesión de derechos**, sólo se limita a **conversarlos y administrarlos**.

Puede ocurrir que los bienes que recibe el administrador definitivo efectivamente se estén deteriorando y necesite hacer gastos para su preservación. En este caso (tratándose de bienes inmuebles) los curadores le solicitan al juez la hipoteca del bien y con ese crédito se aplicará al bien.

Al mismo tiempo que se pide la hipoteca, también se solicita la locación para cancelar la cuota hipotecaria. Todo esto tiene que estar autorizado y justificado.

3° párrafo: Puede suceder que los bienes, en vez de deteriorarse, generen beneficios económicos. Todo fruto que la cosa administrada genere, estará destinado al sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente

Fin de la curatela

Artículo 84 CCyC: *Conclusión de la curatela. Termina la curatela del ausente por:*

- a) *La presentación del ausente, personalmente o por apoderado*
- b) *Su muerte*
- c) *Su fallecimiento presunto judicialmente declarado.*

a) Puede ser que se haya designado un curador y al tiempo se presente el ausente, inmediatamente culminan las funciones de quién fue designado. Además, se puede presentar personalmente o mediante apoderado con poder suficiente negando su ausencia.

b) En caso de corroborarse la muerte del ausente, finaliza la curatela y comienza el proceso del juicio sucesorio

c) Vencido los tres años de ausencia de una persona, más allá de que se haya iniciado un juicio de ausencia simple, corresponde que los herederos vuelvan a presentarse ante el mismo juzgado y solicitar ausencia con presunción de fallecimiento. Declarado presuntivamente muerto el ausente, se extingue las funciones del curador.

Presunción de fallecimiento

Existen **tres casos** en lo que amerita la solicitud **presunción de fallecimiento**

Caso ordinario

Artículo 85 CCyC: *Caso ordinario. La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado.*

El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

Casos extraordinarios

Artículo 86 CCyC: *Casos extraordinarios. Se presume también el fallecimiento de un ausente:*

- a) *Si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido*

- b) *b) Si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.*

Aclaración: En supuestos de **catástrofes** que no tuvieron lugar en un día sino en un **plazo prolongado** en el tiempo, hay que ubicarse en la época del **término medio del fenómeno** y desde ahí se computa el plazo que requiere la ley para el inicio del proceso de ausencia

Legitimados

Artículo 87 CCyC: Legitimados. Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente.

Es competente el juez del domicilio del ausente.

Están **legitimados** todas las personas que tengan algún **derecho subordinado a la muerte**, es decir los **herederos forzosos: cónyuge supérstite, los hijos, padres y los miembros de la línea colateral hasta el 4 grado.**

Además, están legitimados los **legatarios o herederos testamentarios**. El ausente, antes de desaparecer, dejó un testamento con algún beneficiario.

Los **acreedores** del ausente, a diferencia de la ausencia simple, **no están legitimados** para solicitarlo ya que este artículo estipula **derechos subordinados** respecto de la **muerte** de la persona, no sobre los bienes como se establece con la ausencia simple.

Puede suceder el caso de que los herederos estando legitimados para solicitar la presunción de fallecimiento, **no la solicitan**. No lo hacen porque los herederos poseen muchas deudas y acreedores. Entonces, si solicitan la presunción, automáticamente se inscribe la misma en el Registro de Capacidad y Estado de las Personas, es tenida por fallecida y consecuentemente se inicia el proceso sucesorio. Abierto el proceso, se procede a la división sucesoria entre los herederos. Y, en este contexto, los acreedores iniciarán acciones contra los herederos respecto a los bienes recibidos.

Los acreedores igualmente se pueden presentar ante el juzgado civil correspondiente e inicien la acción de presunción de fallecimiento por medio de la **acción de subrogación u oblicua**. Es decir, ponerse en el lugar de los herederos para iniciar el juicio toda vez que su heredero no lo hace porque tiene una deuda que no quiere cancelar.

En cuanto a juzgado para solicitarlo, será en la **jurisdicción el último domicilio** del ausente o donde estuvieran **ubicados sus bienes**. Si los bienes estuvieran en distintas ubicaciones geográficas, en cada juzgado.

Artículo 88, segundo párrafo CCyC: *La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.*

Procedimiento

Reunido los requisitos para que el pedido sea viable, se abre el **juicio** especial de **presunción de fallecimiento**. La parte interesada no sólo tiene que probar el vínculo, sino tiene que demostrar la realización de las diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente.

Artículo 88 CCyC: *Procedimiento. Curador a los bienes. El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato.*

La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni supe la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

Iniciado el juicio, el juez **designa** un **abogado de oficio** que se pone en el lugar del ausente.

En el caso de la existencia de **bienes de magnitud** que estén en peligro, pero no se hubiera pedido la ausencia simple con anterioridad, se **designará** un **curador** para que **administre y conserve** los bienes.

Como se trata de un caso de presunto fallecimiento, los **edictos** se publicarán **una vez por mes** durante **seis meses** anunciando que se declarará el presuntivo fallecimiento, además del lugar donde se está realizando el proceso.

Pasado los seis meses, corresponde que el juez **reciba la prueba**. Acreditar el fallecimiento de una persona no basta con decir que el ausente estuvo presente en tal catástrofe, sino que además toda la **prueba documental** necesaria. En la práctica, el juez le pide a la parte interesada que **libre oficio**, que es un pedido de informe, a **migraciones** para constatar que la persona no se fue del país. Y, además, el interesado tendrá que demostrar todos los **pedidos** que se hicieron de **ubicación de paradero** en sede policial.

Culminado el período de pruebas, el juez citará al defensor del ausente para que aporte las pruebas de parte del ausente.

Una vez citado, corresponde que el juez se **expida**. El juez lo hace a través de una **sentencia**. Es menester que lo haga, claramente, **qué día** se lo reconoce como fallecido y a **qué hora** falleció.

Sentencia

Artículo 89 CCyC: *Declaración del fallecimiento presunto. Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia.*

¿Cómo se establece la fecha y hora de fallecimiento?

Artículo 90 CCyC: *Día presuntivo del fallecimiento. Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento:*

- a) En el caso ordinario, el último día del primer año y medio*
- b) En el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido*
- c) En el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos*
- d) Si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.*

La muerte siempre es declarada con **retroactividad** a la petición del juicio de ausencia con presunción de fallecimiento.

Transmisión de bienes

Artículo 91 CCyC: *Entrega de los bienes. Inventario. Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.*

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado.

Artículo 92 CCyC: *Conclusión de la prenotación. La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes.*

Si el ausente reaparece puede reclamar:

- a) *La entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran*
- b) *Los adquiridos con el valor de los que faltan*
- c) *El precio adeudado de los enajenados*
- d) *Los frutos no consumidos.*

Video 26: Personas jurídicas en el Código Civil y Comercial - Aspectos generales (1/4)

Personas Jurídicas

Antecedentes

El Código de Vélez, Ley 340, regulaba las **personas** en **general** (artículo 30) y en el **artículo 32** las definía por exclusión:

Artículo 30 Código Civil: *Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.*

Artículo 32 Código Civil: *Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas.*

En el mismo texto de la norma, entre los **artículos 33 y 50** se regulaba la **clasificación** y los **aspectos** relativos al **principio** y **fin** de su **existencia**.

En el **Código Civil y Comercial**, el método que adopta lo divide en **3 capítulos: 1)** Parte General; **2)** Asociaciones Civiles y **3)** Fundaciones

A su vez, el **primer capítulo** (Parte General) se divide en **tres secciones: 1)** Personalidad y composición (arts. 141 a 144); **2)** Clasificación (arts. 145 a 150) y **3)** Persona Jurídica privada (arts. 151 a 167).

Personas Jurídicas en el Código Civil y Comercial

El **Código Civil y Comercial** recurre a la denominación de **personas jurídicas**, diferenciándose de la denominación del Código Civil de Vélez que se encontraban bajo el nombre de **personas de existencia ideal** o **personas jurídicas**.

Estas últimas definiciones había dado lugar a discusiones en la doctrina ya que muchos autores consideraban que el **género** eran las **personas de existencia ideal** y las **personas jurídicas** eran una especie. Con la **modificación** del **Código velezano, ley 17.711**, un sector de la doctrina entendió que **personas jurídicas** y **personas de existencia ideal** eran **equivalentes**.