

SEPTIEMBRE/DICIEMBRE/2021

990

REVISTA **NOTARIAL**

COLEGIO DE ESCRIBANOS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Luján Lalanne

Nicolás Agustín Soligo Schuler

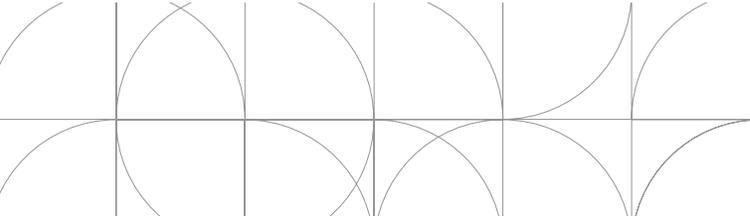
Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 125 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires

República Argentina







Consejo Directivo

2020/2022

Presidente - Diego Leandro Molina

Vicepresidente 1º - Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2º - Nelly Olga López

Secretario de Gobierno y Administración - Guillermo Anibal Longhi

Secretario de Asuntos Previsionales - Pablo Alejandro Di Giano

Secretario de Aportes - Diego Daniel de San Pablo

Secretaria Académica - Karina Vanesa Salierno

Secretario de Comunicaciones - Juan Manuel Area

Tesorero - Fernando de Salas

Protesorero - Rubén Santiago Stradiot

Marina Gabriela Arana

Eduardo José Bras

Mariano Castelucci

Mauricio Rodolfo Esponda

Elba María de los Ángeles Frontini

Leticia Emma Garello

Teresa María de los Milagros Gasparín

María Silvina González Taboada

Hernán Itoiz

Guillermo Agustín Lagier

María Luján Alejandra Lalanne

Bruno Maugeri

Pablo Hugo Migueles

Esteban Rafael Morcillo

Marcelo Eduardo Pérez Consentino

Santiago Francisco Oscar Scattolini

Mariano Ignacio Socin

Susana Mabel Surace

Juan Miguel Tamborenea

Federico Travascio

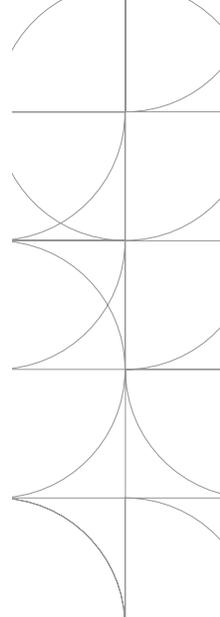
Maximina Zabala

Decano Honorario del Notariado Bonaerense

Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Marcela Marta Voiscovich Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Fernando Esteban Lagae Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Francisco Eitel Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	María Paula Velilla General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Valeria Laura Pepe Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Diego Ariel Hollmann Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Juan Pablo González Fortini Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	María del Pilar Llorens Rocha San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Rosario Zabala Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Brígida Gloria Raffo Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	Alfredo Ceferino Troilo Marcos Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Santiago Luis Vassallo Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Patricia Elena Trautman Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	María Andrea Sánchez Negrete Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Juan Manuel García Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000A0I) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María de los Ángeles Pablos Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970



Sumario 990

SEPTIEMBRE/DICIEMBRE/2021

Editorial

Premio inédito de la UINL a notarios bonaerenses

647

Doctrina

El Notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables

Cristina Noemí Armella, Eduardo Gabriel Clusellas, Sebastián Justo Cosola, Javier Hernan Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán

651

Misceláneas

Conferencia del Prof. Santiago Kovadloff

839

Congresos y Jornadas

Smart contracts: ¿el futuro de la contratación?

Andrés Martínez

859

Derecho Registral

El embargo: ¿ese "caballo de Troya" jurídico?

Gabriel Fuster

895

Informaciones

Primera Jornada Notarial Mendocina

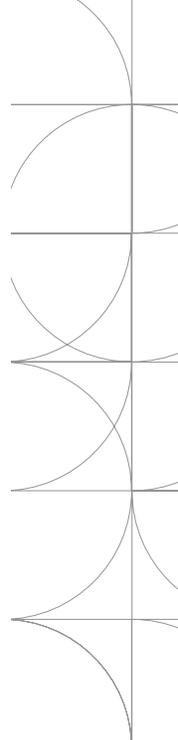
Ciudad de Mendoza, 31 de octubre y 1 de noviembre de 2019

923

XXX Encuentro Nacional del Notariado Novel

Ciudad de Córdoba, 14 al 16 de noviembre de 2019

933



Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiéndolo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

ISSN 0325-4607

PREMIO INÉDITO DE LA UINL A NOTARIOS BONAERENSES

Es muy gratificante en el doble rol de Director de esta Revista Notarial y coautor del trabajo que se publica en este número, poder compartir con todos los lectores el resultado de esta investigación que mereció la distinción como Primer Premio de Investigación Jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados y otros grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, que se otorgara en el marco del 29 Congreso Internacional del Notariado desarrollado en Yakarta, Indonesia, entre el 27 y el 30 de noviembre de 2019.

Participaron de la investigación Cristina Noemí Armella, Eduardo Gabriel Clusellas, Sebastián Justo Cosola, Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontan.

En el mismo, se describen herramientas notariales habituales y otras innovadoras, que permiten y facilitan a las personas más vulnerables, ya sea por su discapacidad, edad, o por situaciones sociales o políticas que las colocan en ese colectivo, ejercer sus derechos en situación de paridad con el resto de la sociedad, pero que al mismo tiempo puedan disponer de recursos y protecciones del destino de esos recursos, que con su flujo de fondos y medidas adecuadas, que contribuyan al acceso a un nivel de vida acorde con sus especiales necesidades.

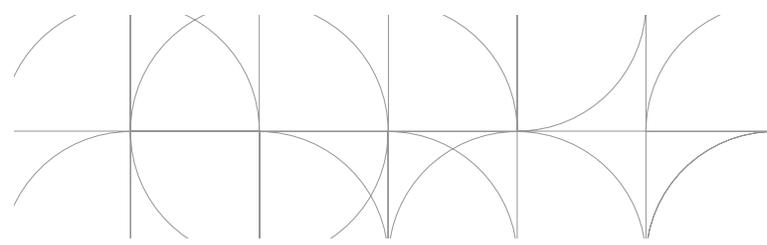
Al mismo tiempo, se propende al desarrollo de alternativas en la mecánica de la planificación sucesoria para proteger sus patrimonios y sus derechos consagrados en diversos tratados internacionales.

En este sentido, la actuación notarial una vez más se ofrece como herramienta y vehículo para dotar de seguridad y proyección a las necesidades sociales.

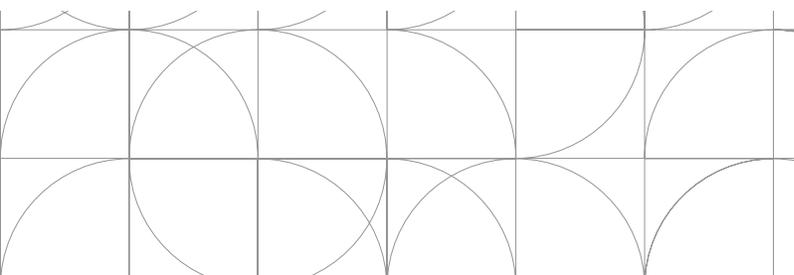
EDITORIAL

Felicitaciones nuevamente a los premiados por su tarea de investigación. Representa un verdadero orgullo que un trabajo de nuestro país, elaborado por un grupo de investigadores de la provincia de Buenos Aires, recibiera tan importante distinción.

EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS



DOCTRINA



EL NOTARIO

CIENCIA, TÉCNICA Y ARTE AL
SERVICIO DE LAS PERSONAS
MÁS VULNERABLES*

CRISTINA NOEMÍ ARMELLA
EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS
SEBASTIÁN JUSTO COSOLA
JAVIER HERNAN MOREYRA
KARINA VANESA SALIERNO
MARCELA VIVIANA SPINA
OTILIA DEL CARMEN ZITO FONTÁN

* Trabajo presentado por un equipo de notarios bonaerenses, bajo el seudónimo Notarius Dignitatis Auctorem. Mereció por parte de la Unión Internacional del Notariado el primer premio de investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad. El galardón fue entregado en el marco del 29º Congreso Internacional del Notariado, desarrollado en Yakarta, Indonesia, entre el 27 y el 30 de noviembre de 2019.

"La verdadera medida de la justicia de un sistema es la cantidad de protección que garantiza a los más débiles"

CAPÍTULO I. PARTE GENERAL

I. INTRODUCCIÓN. PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. NORMATIVA APLICABLE

Instados a realizar una investigación jurídica respecto a personas en situación de vulnerabilidad, debemos colocarnos en contexto, conceptualizar quienes son las "personas en situación de vulnerabilidad", cuáles son los presupuestos normativos aplicables y como se relacionan con la actividad notarial, objeto último de este trabajo.

En principio, debemos reconocer que estamos inmersos en un camino de grandes cambios, sociales, culturales y tecnológicos, que trae como consecuencia un cambio de paradigma en la conceptualización del derecho.

Siguiendo a Fernández Sessarego², podemos postular que estamos ante un proceso de gran transformación de los ordenamientos jurídicos. Hoy la ciencia jurídica, reconoce a la PERSONA HUMANA como el eje y centro de todo el ordenamiento, alejándose así del sistema preponderantemente individualista y de carácter patrimonialista (codificación inspirada en el código francés decimonónico), para darle paso al sistema de reconocimiento de la DIGNIDAD humana, la igualdad, la no discriminación, la tolerancia y la libertad. Estos principios se expresan a través de los postulados universales de autonomía de la voluntad, autodeterminación y elección de un proyecto de vida.

El ser humano es libre y puede elegir y realizar todo lo que no está prohibido con un único límite de no afectar los derechos de los demás o el bien común, la vida social debe ser regulada de acuerdo a los **principios de justicia, seguridad y solidaridad**.

1 Aung San Suu Kyi, Activista birmana, Premio Nobel de la Paz, 1991.

2 Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y Persona*. 5ta Edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2015.

La historia de la humanidad es una historia de constante evolución, podríamos caracterizar esta época como la de la transformación de los principios jurídicos, encarnada en la adquisición de protagonismo de las mujeres, la libertad de elección sexual, de configuración familiar, la extensión de la expectativa de vida, los avances tecnológicos, genéticos y biomédicos, la globalización de los derechos humanos y la internacionalización y movilidad entre los países. Este ritmo evolutivo hace que el derecho regule situaciones ya consumadas, e indefectiblemente no alcance las necesidades sociales de ciertos grupos de personas humanas.

Los derechos fundamentales se constitucionalizan, se hacen exigibles en una globalización de los derechos humanos basados en la dignidad, en un sistema democrático de derechos. Los derechos del mundo se están transformando para acoger las grandes novedades jurídicas en relación a los derechos fundamentales³.

Resulta que si los derechos fundamentales exigidos por el ser humano en sus intereses existenciales, no tuvieran todavía regulación normativa o principios generales, igual deberían tener favorable acogida a través de resoluciones judiciales basadas en la DIGNIDAD HUMANA.

La dignidad humana⁴ es un concepto moral que surge de la naturaleza misma de la persona humana, de ser un fin en sí mismo. La dignidad refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona que exige respeto y reverencia de parte de todos, e inspira los derechos humanos, las constituciones, las normas civiles y los fallos jurisprudenciales.

El concepto de "dignidad" incluye "*vivir como se quiera*" dentro de un ámbito de autonomía para vivir de acuerdo al plan de vida, "vivir bien", con condi-

3 La relatora de las Naciones Unidas Catalina Devandas Aguilar para la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el foro de UINL de Buenos Aires 2018 refirió que treinta países están estudiando sus legislaciones internas para adaptar sus ordenamientos en relación a la capacidad jurídica.

4 Waldron Jeremy. En "Análisis de la obra: Dignidad, rango y derechos" de Jeremy Waldron. Por García Jaramillo Leonardo y Benitez Vicente en www.ambitojuridico.com/noticias del 19/10/2018. Y conferencia magistral "El valor distintivo de la dignidad humana" en la oportunidad de su *laudatio* como Doctor Honoris Causa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 24 de agosto de 2018. En "Derecho al día", año XVII. Edición 308, 6 de septiembre de 2018.

ciones mínimas de "calidad de vida" y "vivir sin humillaciones", para proteger la integridad física y moral del Ser humano.

La dignidad humana se construye con el principio de la *tolerancia*, del latín *tolerantia*, que significa 'cualidad de quien puede aceptar'. Aceptar al otro en cuanto es diferente de uno. La tolerancia es un valor moral que se practica con respecto a un otro; hacia sus ideas, prácticas o creencias, independientemente de que contradigan o sean diferentes de las nuestras. En este sentido, la tolerancia es también el reconocimiento de las diferencias inherentes a la naturaleza humana, a la diversidad de las culturas, las religiones o las maneras de ser o de actuar. Por ello, la tolerancia es una actitud fundamental para la vida en sociedad.

También se construye con el principio de la *no discriminación*, entendiendo a la discriminación como un trato o consideración desventajosa, cualquier restricción, distinción o exclusión que producen o reproducen desventajas en el acceso de recursos y oportunidades.

Los derechos fundamentales están reconocidos a todos los hombres por el solo hecho de ser tales, en los tratados de derechos humanos, en las constituciones nacionales, en el derecho consuetudinario, en los principios generales y otras fuentes del derecho internacional, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Estos derechos humanos son universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles, y deben ser interpretados conforme el *principio de progresividad*, que impone al Estado una conducta que podríamos llamar bifronte: por un lado, lo obliga a avanzar en el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, de modo de satisfacerlos cada vez con mayor intensidad, y por el otro, le impide todo retroceso en esta área, evitando que una vez que un derecho social haya sido reconocido, pueda en el futuro -salvo casos excepcionales- ser desconocido.

Asimismo, los derechos humanos deben ser reconocidos bajo el principio universal *"pro personae"*, que implica una pauta de interpretación hermenéutica que rige la amplitud para el reconocimiento de derechos y la restricción de su limitación. Por ello, la pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a compatibilizar el alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado con este criterio, siempre a favor de los derechos de las personas.

Concepto de vulnerabilidad. Caracterización de grupos en situación de vulnerabilidad

Una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando, por una causa o por una conjunción de causas, que llamamos interseccionalidad, la persona no está en condiciones de una igualdad real para ejercer sus derechos.

Vulnerable, del latín "vulnerabilis", según el diccionario de la real academia española: "es quien es susceptible de ser herido o recibir lesión ya sea física o moralmente". El concepto puede aplicarse a una persona o un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse al impacto.

Entonces hay grupos vulnerables, que por sus condiciones, socioculturales, su origen étnico, su género, su edad, su discapacidad o enfermedades o una combinación de factores, viven una realidad con mayores impedimentos para el disfrute igualitario y pleno de sus derechos fundamentales en iguales condiciones con los demás.

La doctrina jurídica muestra una dicotomía, ya que en principio todos los seres humanos somos vulnerables. Podemos afirmar que la vulnerabilidad es inherente a nuestra condición humana. Pero, por otro lado, la noción de vulnerabilidad entendida como necesidad o dependencia de ciertos individuos o grupos, se presenta cuando existen personas a las que no les basta con la igualdad liberal declamada para todos.

"Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. *Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad*"⁵.

5 Concepto de personas en situación de vulnerabilidad en 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 a 6 de marzo de 2008.

Corresponde a los Estados tomar medidas de acción positiva en favor de igualar los derechos de estos grupos. Y en especial a preferir y privilegiar los derechos a aquellas personas más vulnerables, o que tienen múltiples causas de vulnerabilidad.

Siguiendo a Estupiñan Silva⁶, podemos apoyarnos en las elaboraciones que realiza el Máximo Tribunal Regional de Derechos Humanos a través de sus sentencias quién ha realizado una encomiable labor a favor de las personas vulnerables del continente, a través de sus sentencias, medidas de reparación y seguimiento de las mismas.

"La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre"⁷. Los Estados parte tienen un deber de respeto y garantía y de ajuste de sus legislaciones internas de acuerdo a la Convención Americana.

Las personas pueden ser vulnerables por sus características personales (factores endógenos) o por su situación específica (factores exógenos), o por su combinación de una o más causas que las hace aún más vulnerables y susceptibles de mayor protección.

6 Estupiñan Silva, Rosmerlin. La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esbozo de una tipología. Este texto es una adaptación del artículo (en francés) terminado en septiembre de 2013 que forma parte de la colección "Cahiers Européens" 2014 de la Universidad París I Panthéon Sorbonne, editado por Pedone, DHPP_ Manual v. 3193-232- pdf.

7 Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julio de 2006.

Son vulnerables por su condición física o personal:

- Los niños⁸ por su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica) a la que se puede sumar fragilidad social, si pertenecen a un grupo minoritario, detenido o migrante o en un conflicto armado.

-Las mujeres⁹, y su vulnerabilidad se incrementa si son niñas, o pertenecen a comunidades indígenas o en caso de conflicto armado. O defensoras de los derechos humanos.

- Las personas con discapacidad¹⁰, tienen una causa personal de vulnerabilidad, teniendo en cuenta hasta una discapacidad indirecta, la imposibilidad de tener hijos

- Los ancianos¹¹, la edad avanzada como una causa de vulnerabilidad. Que siempre se puede ver aumentada si se es mujer, pobre, discapacitada o perteneciente a comunidad indígena o migrante, o en un conflicto armado (bastante frecuentes en el Continente).

- Los que pertenecen a minorías sexuales¹², son especialmente vulnerables.

- Las pertenecientes a pueblos indígenas u originarios o minorías raciales.

Nuestro país se enmarca en el camino transformador detallado, y la codificación unificada del año 2015, produjo la expansión de las normas internacionales en materia de derechos humanos, incorporadas a nuestra pirámide

8 Corte IDH, OC-17/02, Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México, Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia.

9 Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México; Corte IDH, Masacres de Río Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sanchez vs. Guatemala, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, TiuTojin vs. Guatemala.

10 Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.

11 Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile. 2018.

12 CIDH Atala Rifo. Vs. Chile. o Cantú vs. México.

normativa a través del inciso 22 del artículo 75 de nuestra Carta Magna. De ella surge claramente el nuevo paradigma común, a través del reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad)¹³ *como sujetos de derecho, y del respeto del principio de autonomía de la voluntad y de autodeterminación.*

Teniendo en cuenta que la función notarial nace y se nutre de las necesidades sociales, nos vemos ante la imperiosa exigencia de adaptar nuestra función a los avances tecnológicos, pero también a los avances sociales reconocidos internacionalmente, respondiendo con capacitación permanente, con seguridad jurídica y realizando un aporte a la paz social, preguntándonos si existe también en nuestra actividad una garantía de prioridad a favor de las "personas más vulnerables" de la sociedad.

En el presente trabajo nos abocaremos especialmente a las personas vulnerables o en "situación de vulnerabilidad" por razones de edad avanzada y personas con discapacidad, tratando de dilucidar cómo cumple su función social el notariado, identificando las herramientas jurídicas que puede seleccionar, aplicar y elaborar, para la protección y salvaguarda de sus preferencias, intereses y derechos fundamentales, reconociendo asimismo que en ciertas situaciones, el avance tecnológico puede llegar a significar desprotección de los sujetos en situación de vulnerabilidad.

13 C.N. art. 75 inc. 23. *Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*

II. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otilia del Carmen Zito Fontán

1. Introducción

En las últimas décadas del siglo XX el derecho internacional adquirió especial protagonismo frente a la necesidad de garantizar el efectivo goce de los DH. Se inició un proceso de humanización que ha colocado a la persona humana como el principal objetivo de la comunidad internacional. Este avance se ha afianzado en detrimento de los criterios que inspiraron las legislaciones de fines del siglo XIX y en gran parte de las elaboradas en los albores del siglo XX.

El orden público internacional, que regía las relaciones internacionales en el período clásico, tuvo un giro trascendente a mediados del siglo pasado frente a la ineficacia de los mecanismos y políticas desarrollados por los estados para poner límites al poder de los gobernantes, proteger y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos (DH). Esta realidad marcó la necesidad de contar con normas internacionales objetivas, cuyo incumplimiento generara responsabilidad internacional. Las dos guerras mundiales marcaron un hito en la historia contemporánea.

Con la Carta de las Naciones Unidas, en San Francisco, California, EEUU, el 26 de junio de 1945, se vislumbra el paso del período clásico al periodo moderno del derecho internacional, más avanzado y concreto.

En paralelo, se crearon organismos internacionales para la defensa y protección de los DH. El 24 de octubre de 1945, y con el propósito fundamental de mantener la paz y la seguridad entre los pueblos, nace las "Naciones Unidas"; en el ámbito regional americano, el 30 de abril de 1948, en Bogotá, Colombia, se creó la Organización de Estados Americanos, y el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1949 estableció en el ámbito europeo, el Consejo de Europa.

Para identificar cómo ha avanzado el reconocimiento de los DH de los grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad, creemos necesario analizar brevemente los sistemas de promoción y protección de los DH en los ámbitos Universal, Europeo, Interamericano y Africano, que determinan el marco jurídico de esta protección.

No es posible hacerlo, sin mencionar los cambios históricos que acompañan la evolución de los derechos¹⁴. Menciona Rafael de Asís¹⁵ que hay cuatro grandes procesos: la positivización, la generalización, la internacionalización y el proceso de especificación. El de **positivización**, es el paso de los derechos del plano de la reflexión al plano del derecho, en el ámbito estatal; este proceso determina el establecimiento de sistemas de garantías de los derechos, y la determinación del órgano encargado de hacerlo. El proceso de **generalización**, de igualdad formal de los derechos, implica la extensión de la titularidad y la satisfacción de los derechos a todos los ciudadanos, que enfrenta dos grandes retos, como dice el autor citado, *la "satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y la lucha contra la discriminación"*. El de **internacionalización**, supone la incorporación de los derechos a normas internacionales y la implementación de sistemas de garantía en el ámbito internacional, aunque estos sistemas hayan tardado bastante tiempo en establecerse; este proceso se afianzó con la aprobación en la ONU de la **"Declaración Universal de Derechos Humanos" (DUDH)**, el 10 de diciembre de 1948, en París. *Este instrumento, que incluye derechos civiles y políticos (DCP), como DESC, fue el hilo conductor para la celebración de declaraciones y convenciones posteriores, pero no estableció procedimientos para denunciar las violaciones a estos derechos.* El más reciente, el proceso de **especificación**, se caracteriza por la suscripción de Declaraciones y Convenciones que reconocen, precisan y especifican derechos de grupos o colectivos sociales incluidos en el proceso de generalización, que necesitan la ratificación de sus derechos.

Este último es el tema que nos convoca y nos plantea el reto de avanzar en la búsqueda del fortalecimiento de la igualdad de oportunidades para quienes por distintas razones están en situación de vulnerabilidad, entre ellos niños, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, personas mayores,

14 Peces-Barba Martínez G. y otros, en *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2005. "El origen de los derechos se sitúa en el mundo moderno en el ámbito de tres reflexiones que, a pesar de los avances habidos en la protección y satisfacción de los derechos, siguen estando presentes; se trata de la reflexión sobre los límites del poder político, sobre la tolerancia y sobre la necesidad de humanizar el derecho penal y procesal"

15 Rafael de Asís Roig en "Retos actuales de los derechos humanos". Compilado por Pablo E. Slavin y Francisco Bariffi. Universidad Nacional de Mar del Plata. Colección Políticas y Derechos Fundamentales" N° 3, 2009.

migrantes, refugiados, pueblos originarios, afro-descendientes; la diversidad sexual, la situación de pobreza, la falta de acceso al trabajo, la educación, la cultura, implican situaciones de desventaja social, que afectan el ejercicio de los DH básicos. La falta de igualdad y la discriminación están muy ligadas a la vulnerabilidad humana. Luego nos abocaremos en especial a las personas con discapacidad (PCD) y las personas mayores (PM).

2. Sistemas de Protección de Derechos Humanos

En los sistemas de protección de DH, debemos distinguir el sistema de responsabilidad internacional atribuida exclusivamente al Estado por violaciones de DH, y la responsabilidad individual atribuida a la persona humana por esas violaciones. Los Tribunales penales que determinan la responsabilidad individual por crímenes contra la humanidad, son competencia de la *Corte Penal Internacional*, en cambio, los Tribunales regionales especializados en materia de DH, a los que nos referiremos en el presente comentario, tienen competencia para declarar o no, la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a DH¹⁶.

2.1. Sistema Universal

El conjunto de normas sustantivas y procesales, y los organismos de control internacional de la ONU, constituyen el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Actualmente las Naciones Unidas tiene 193 estados miembros. Este sistema está integrado básicamente por la DUDH, antes mencionada, los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y sobre Derechos Económicos, Culturales y Sociales (PDESC), con sus Protocolos facultativos y siete convenciones sobre protección de DH específicos, que luego mencionaremos¹⁷. La DUDH, junto con los Pactos internacionales men-

16 Yennesit Palacios Valencia, en "Tribunales internacionales de Protección de DH en casos de Crímenes Internacionales", con Especial Referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/6388/7470>.

17 En diciembre de 1966 la AG abrió a la firma, estos dos instrumentos, en los que prima el derecho a la igualdad y no discriminación: a) el PDCP y el Protocolos facultativo, que faculta al Comité

cionados, y sus protocolos facultativos, forman la llamada "*Carta Internacional de Derechos Humanos*".

2.1.1. Convenciones específicas

Las siete convenciones internacionales específicas adoptadas por la AG de la ONU están referidas a la igualdad, no discriminación y protección de derechos contra la tortura, en favor de los derechos de la mujer, de los niños, trabajadores migratorios, personas con discapacidad, en protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁸.

de DH, creado por el art. 28 del Pacto, a supervisar su cumplimiento, con vigencia ambos desde el 23/marzo/1976. El segundo Protocolo, destinado a abolir la pena de muerte, as aprobó el 15/diciembre/1989, y entró en vigencia el 11/Julio/1991. b) El PDESC en vigencia desde el 3/enero/1976, sobre no discriminación, igualdad del hombre y la mujer a gozar de los derechos reconocidos. Es más amplio en el catálogo de derechos reconocidos que la DUDH; el derecho al trabajo, la seguridad social, la familia, gozar de un buen nivel de vida económico, social y cultural. Supervisa su cumplimiento el Comité de DESC, creado por el Consejo Económico y Social de la ONU, el 28 mayo de 1985. El 10 de diciembre de 2008, la AG adoptó un Protocolo facultativo, que amplía la competencia del Comité de este Pacto, para conocer denuncias individuales e interestatales, que entró en vigencia el 5 de mayo de 2013.

- 18 *Sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial* - 21/diciembre/1965, vigente desde el 4/enero/1969. Aborda la discriminación por motivos de raza, que afecte la igualdad de derechos en la vida privada y pública -art. 1- *Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* - 18/diciembre/1979, vigente desde el 3/ setiembre/1981. En base a la igualdad el hombre y la mujer, considera discriminación contra la mujer cualquier acción u omisión de la que resulte el menoscabo del ejercicio de sus derechos. La AG el 20/diciembre/1993, aprobó la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer", a efectos de reforzar su aplicación, y se creó la "Relatoría Especial" que informa periódicamente sobre los marcos jurídicos y la aplicación de la Convención, proponiendo medidas a adoptar. *Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. 10/diciembre/1984, vigente desde el 26/junio/1987. Prohíbe el uso de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos. Responsabiliza a los gobiernos que incurran en estos métodos. El 18/diciembre/2002, la AG adoptó el Protocolo facultativo, con vigencia desde el 22/junio/2006, sobre visitas a los lugares de privación de su libertad. Sobre los derechos del Niño, del 20/noviembre/1989, con vigencia desde el 2/setiembre/1990, y sus *Protocolos Facultativos: "Participación de Niños en los Conflictos Armados"*, del 25/mayo/2000, vigencia desde el 12/febrero/2002; "La venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía", del año 2002, y en 2011 sobre "Procedimiento de comunicaciones", para que los niños presenten denuncias individuales. Se entiende por niño a la persona menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Establece cuatro principios básicos: no discriminación, art. 2; interés superior del niño, art. 3; derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo personal, art. 6; y el derecho a

2.1.2 Control convencional y extraconvencional

El *Control convencional* del sistema está a cargo de los comités de expertos independientes establecidos en cada una de las convenciones, con características propias, que son los órganos encargados de supervisar su acatamiento por los Estados partes, y que en la mayoría de los casos, expresan los criterios de interpretación a través de las Observaciones Generales. En el sistema universal, funcionan además mecanismos y órganos específicos de control, que han sido implementados por la ONU, que ejercen el *control extra convencional*. A partir del 3 de abril de 2006 y en la actualidad el "Consejo de Seguridad", integrado por 47 miembros, es el principal encargado de la conducción de estos procedimientos especiales. Entre los órganos específicos, mencionamos a los "*Altos Comisionados*", sobre temáticas concretas: para los Refugiados, creado en 1949 y para la infancia, en 1946, entre otros; los Grupos de Trabajo, Relatorías Especiales y expertos independientes^{19 20}.

expresar sus opiniones libremente, en todos los asuntos que le afecten. Sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias - 18/diciembre/1990. En vigencia desde el 1°/julio /2003. La convención aborda la igualdad y no discriminación, en materia laboral y con relación el vínculo familiar. *Sobre los derechos de las personas con discapacidad*. La Convención y el Protocolo Facultativo, fueron aprobados por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006; quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007 y entraron en vigencia el 3 de mayo de 2008. Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI; su aprobación y entrada en vigencia en el contexto internacional implica un cambio cualitativo en la protección de los DH de las personas con discapacidad, como luego analizaremos. *Para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. 20/ diciembre/2006-. Entró en vigencia el 23/diciembre/2010. Establece que se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

19 La Oficina del "Alto Comisionado de DH" (ACNUDH), fue establecida por la AG, por R 48/141 del 20/12/1993, tiene sede en Ginebra; entre sus principales actividades, recibe las quejas y denuncias individuales de quienes consideran ser víctimas por la violación de DH conforme instrumentos internacionales sobre esta materia. <https://research.un.org/es/docs/humanrights/OHCHR/>

20 El relator especial es un experto independiente que nombra el Consejo de DH, para informar la situación de cada país sobre el estado de protección de DH, asignándole temas específicos, como ocurrió con la designación de la primera "*Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*", Catalina Devandas Aguilar, por resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos. En 2014 la ONU creó el cargo de "Experto independiente sobre el disfrute de todos los DH para las personas de edad" y nombró a Rosa Kornfeld-Matte, de Chile a

2.2. Sistema interamericano

Los instrumentos internacionales y los mecanismos de promoción y protección de DH adoptados en el ámbito de la OEA constituyen el Sistema Interamericano, cuyo sustento legal es la Carta de la Organización de Estados Americanos, que antes mencionamos.

Su *corpus iuris* está integrado por la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" aprobada en Bogotá, en abril de 1948, seis meses antes que la DUDH, que reconoce derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales, y deberes correlativos²¹; la "Convención Americana sobre Derechos Humanos"(CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, adoptada más de veinte años después, el 22/noviembre/1969, que entró en vigencia en 1978 y establece las bases del *Sistema interamericano de DH*, a través de la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (creada en 1959) y la "Corte interamericana de Derechos Humanos" (Corte IDH).

Completan el sistema americano, los dos protocolos facultativos de la CADH, el Protocolo de San Salvador, en materia de "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", adoptado el 17/noviembre/1988, en el estado de El Salvador, que enuncia una gama de derechos muy amplia, que deben ser ejercidos *sin discriminación*²²; el Protocolo sobre la "Abolición de la Pena de Muerte", adoptado en Asunción, Paraguay, el 8/junio/1990²³ y convenciones sobre la protección de los DH de colectivos determinados²⁴.

cargodeesafunción.*<http://www.derechoshumanos.net/ONU/RelatoresEspeciales-ONU.htm>.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4361-derechos-humanos-y-iii-su-proteccion-extraconvencional/>)

- 21 En esta misma Conferencia americana, se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA)
- 22 La protección abarca más derechos que el PIDESC, de 1966, como el derecho al trabajo, salud, derecho a un Medio Ambiente Sano, alimentación, educación, cultura, protección de la familia, niñez, de los ancianos, y el art. 18 establece el derecho de las PCD -utiliza el término "minusválidos"- a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.
- 23 La Corte IDH, en opinión consultiva 3/83, punto 57, sobre restricciones a la pena de muerte -arts. 4.2 y 4.4 de la CADH- ha manifestado que en este tema, la Convención expresa una clara nota de progresividad, en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión.
- 24 Cabe mencionar por su trascendencia en el ámbito interamericano, la "Carta Democrática Interamericana", adoptada por aclamación en la AG extraordinaria de la OEA en Lima, el 11/

2.2.1 Convenciones interamericanas

Las convenciones de protección de DH de carácter específico, que ha adoptado la OEA, están referidas a la sanción de la tortura, la violencia contra la mujer, desaparición forzada de personas, la discriminación contra las personas con discapacidad, contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, y la más reciente sobre la "Protección de los DH de las personas mayores", que más adelante comentaremos²⁵.

septiembre/2001. Su objetivo es la promoción y fortalecimiento de los principios, prácticas y cultura democráticas entre los Estados de las Américas.

- 25 Convenciones: *Para prevenir y sancionar la tortura*. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9/diciembre/1985, con vigencia desde el 28/febrero/1987. Se entenderá por tortura **todo acto** realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Art. 2.- *Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o Convención de Belém do Pará, Brasil, el 9/junio/1994, vigente desde el 5/marzo/1995. Establece que debe entenderse por violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. *Sobre desaparición forzada de personas*, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9/junio/1994; vigente desde el 28/marzo/1996. Establece que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión IDH, en que se alegue la desaparición forzada de personas, estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte IDH. - *Para la Eliminación de todas las formas de discriminación con las PCD*, adoptada por el 7/junio/1999, en la ciudad de Guatemala, Guatemala, vigente desde el 14/septiembre/2001. Fue el primer instrumento internacional con carácter vinculante, que protege contra la discriminación a las PCD. El artículo VII establece que no se interpretará que disposición alguna de la esta Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las PCD reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los estados parte. Se consagra así el principio "pro persona" en el ámbito específico de la discapacidad. "*Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*" suscrita en La Antigua, Guatemala, el 5/junio/2013. La República Oriental del Uruguay fue el primer país de la región que depositó el *instrumento de ratificación* de esta Convención, el 11/5/2018). Reconoce explícitamente a la orientación sexual, la identidad y la expresión de género como motivo de discriminación, reconociendo el derecho de todo ser humano a ser protegido y estableciendo la obligación de los Estados de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*. Aprobada por la AG de la OEA, el 15 de junio de 2015, con entrada en vigencia desde el 13 de enero de 2017.

2.2.2. Control convencional y extra convencional

Las convenciones mencionadas han establecido un Comité de Expertos para el seguimiento y control de cumplimiento por los estados partes, a excepción de la "Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores", que prevé, además, la implementación de la "Conferencia de Estados Parte", con amplias facultades de seguimiento, y el Comité de expertos, para colaborar en esta función.

Los órganos competentes para la protección de los derechos establecidos en la CADH, son la Comisión interamericana de DH (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de derechos humanos (Corte IDH)²⁶.

En el control extra convencional, tiene relevancia especial la Comisión Interamericana de DH, como órgano independiente de la OEA, creada en 1959, que realiza un constante monitoreo del cumplimiento de DH en el continente. Ha implementado a partir de 1990 Relatorías Temáticas, sobre los derechos de los pueblos indígenas, derechos de la mujer, de los migrantes, de la niñez, sobre defensores de DH, entre otras.

El control de convencionalidad en el ámbito interno, deben realizarlo los agentes del Estado, mediante la verificación de compatibilidad de las normas internas, su interpretación y aplicación, con la CADH y los instrumentos de DH en que el estado es parte²⁷. En el ámbito internacional, este control lo realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento²⁸.

26 La función principal de la Comisión IDH de promover la observancia y la defensa de los DH. Tiene competencia para recibir denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte. La Comisión evalúa los antecedentes y conforme el procedimiento establecido en su estatuto, toma la decisión de elevarlo o no a la Corte IDH. La Corte IDH, dentro de su competencia, dicta medidas provisionales, opiniones consultivas y sentencias en los casos contenciosos. Fue definiendo desde su inicio el contenido de los DH contenidos en la CADH.

27 Principio que recoge la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980. Art. 27, sobre derecho interno y la observancia de los tratados establece "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...".

28 El control de convencionalidad, con esta denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", sentencia del 26/ setiembre/2006. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH. N° 7: Control de convencionalidad.

La Corte IDH ha establecido un proceso de supervisión de cumplimiento de sus propias sentencias, que la diferencia del sistema europeo, en el que el seguimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se delega en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es un órgano político, no jurisdiccional²⁹.

2.3. Sistema europeo

El sistema europeo para la protección de los DH, es el más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado³⁰. Integran el sistema, en el ámbito del Consejo de Europa³¹ la *"Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales"* o *"Convenio Europeo"* (CEDH), suscripto en Roma en 1950, cuya finalidad es la protección de los derechos civiles y políticos; la *"Carta Social Europea"* (CSE) de 1961, garantiza los DESC.³² y la *"Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea"*, aprobada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1/ diciembre/2009³³. La Convención Europea de DH, ha sido modificada y actualizada a través de Protocolos adicionales, algunos para introducir nuevos derechos o para mejorar su protección, y otros, para mejorar el mecanismo de control en el cumplimiento de la Convención. Originariamente, estableció la creación de dos órganos de control, la *Comisión de DH* y el *Tribunal Europeo de*

29 Natalia Urbina conf. "El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016." Revista IIDH V. 65 -2017- pág. 329 y sig.

30 Felipe Gómez Irsa. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Sistema Europeo de Derechos Humanos. Universidad del País Vasco. <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>.

31 Creado en el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1949, con el fin de promover la integración europea y fomentar los valores democráticos en el continente europeo. La dirección del Consejo está a cargo del Comité de Ministros, asistido por la Secretaría General.

32 Fue aprobada en Turín, el 18/10/1961, garantiza entre otros, el derecho a la vivienda, salud, educación, empleo; y protección jurídica y social para grupos vulnerables. Sobre discriminación: *incluye el derecho de las personas con discapacidades a la integración social y a la participación en la vida comunitaria y el derecho de hombres y mujeres a la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo.*

33 La Carta de Derechos Fundamentales de la UE consta de un preámbulo y siete capítulos: "dignidad", "libertades", "igualdad", "solidaridad", "derechos de los ciudadanos", "justicia" y "provisiones generales".

DH. La Comisión Europea de DH, fue suprimida, con la entrada en vigencia del Protocolo n° 11 de la CEDH, en noviembre de 1998, que instituyó como único órgano de control al Tribunal Europeo de DH, con funcionamiento permanente. Así es en la actualidad, la protección de los DH en el sistema europeo, reside en el *Tribunal Europeo de DH (TEDH)*, con sede en Estrasburgo -también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos- con poder jurisdiccional supranacional³⁴.

2.4. Sistema africano

El sistema africano de protección de DH es el de más reciente creación. Los estados africanos, el 27 de julio de 1981 aprobaron la "*Carta Africana sobre DH y de los Pueblos*" - (Carta de Banjul), en adelante La Carta, que entró en vigencia el 21 de octubre de 1986. Incluye la protección de DCP y DESC de los pueblos, afirmando la interdependencia e indivisibilidad de todos los DH. Enumera los derechos y los deberes correlativos, marcando una diferencia importante con las convenciones internacionales de DH vigentes. Una nota distintiva es el *reconocimiento del derecho de los pueblos al desarrollo* (art. 22) y a la autodeterminación (art. 20), que refleja la historia de este continente, con un largo camino de colonizaciones y nivel de subdesarrollo que ha colocado a sus pueblos en situación vulnerable. Para supervisar su cumplimiento, La Carta implementa la "*Comisión Africana de DH y de los Pueblos*", facultada para recibir comunicaciones y quejas entre Estados y por individuos contra éstos, en las que se aleguen violaciones a los derechos garantizados por la Carta; por un Protocolo adicional, adoptado en 1998, que entró en vigor en enero de 2004, se creó La *Corte Africana de Derechos Humanos, con funciones* contenciosas, consultivas y arbitrales³⁵. Sus integrantes fueron elegidos en 2006. Un caso emblemático es el resuelto por la Corte en su "*45a sesión del 26 de mayo de 2017 en Arusha*:"

34 El TEDH tiene competencia directa en las demandas individuales de cualquier persona o grupo de personas u organización no gubernamental, que se consideren víctima de la violación de DH. El Comité de Ministros del Consejo de Europa es el responsable de supervisar la ejecución de las sentencias del TEDH.

35 Anuario mexicano de derecho internacional -V.8- enero de 2008. El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos". Yuria Saavedra Álvarez. <http://www.scielo.org.mx/scielo>.

*votó a favor de los pueblos indígenas Ogiek en su querrela contra el gobierno Keniata, por continuas violaciones y negación de su derecho a la tierra*³⁶.

En el sistema africano, *el seguimiento de los fallos* es competencia del Consejo Ejecutivo de la Unión Africana³⁷.

2.5. Incipiente sistema de protección de DH en Asia e Islas del Pacífico

Asia, a diferencia de otras regiones del mundo, como Europa, América y África, no dispone de un instrumento vinculante sobre DH. La Carta Asiática de los DH (CADH), es una iniciativa de varias ONG en Kwaargju, en Corea del Sur, de mayo de 1998, que implica un gran esfuerzo del movimiento de los DH en la región Asia-Pacífico, pero no ha logrado el acuerdo pretendido.

La realidad es que varios estados que integran la región han tratado de relativizar los valores de los DH, argumentando que el derecho al desarrollo y los DESC son más importantes que los derechos individuales, civiles y políticos, que entorpecen las posibilidades de crecimiento. No existe una genuina voluntad política para avanzar en la instrumentación de un documento sobre la protección de DH, que cubra íntegramente una región tan heterogénea³⁸.

36 Luego de un proceso de ocho años, concluyó que el gobierno de Kenia violó siete artículos de la Carta Africana. Esta es la primera vez que la Corte Africana, ha sentenciado en un caso sobre derechos de los pueblos indígenas; es el caso más grande que se haya presentado ante este tribunal. El caso fue presentado ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y luego derivada a la Corte, por evidenciar graves y masivas violaciones a los derechos humanos. *<https://www.escr-net.org/es/noticias/2017/corte-africana-dicta-sentencia-historica-en-caso-derecho-tierra-comunidad-ogiek>. Fuente: Minority Rights Group International.

37 Integrado por los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros que lo componen. En caso de incumplimiento, la *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* eleva un informe a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, que es el órgano supremo de la Organización de la Unión Africana.

38 El Alto Comisionado de la ONU ha celebrado en esta región seminarios y talleres relacionados con DH; en 2002, se lograron avances con ratificaciones de documentos en esta materia. <https://prezi.com/lz9kibg5hbwo/sistema-asiatico-de-derechos-humanos/>

3. Personas con Discapacidad

Más de 1000 millones de personas sufren algún tipo de discapacidad; aproximadamente el 15% de la población mundial, conforme el informe que en 2013 dio a conocer la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Sus DH han sido vulnerados por largo tiempo, y eso las hizo invisibles a la hora de ser consideradas dentro del sistema internacional de DH. Esta mirada está cambiando, aunque tengamos mucho por delante. El mandato imperativo actual de toda la regulación internacional en la materia y que emerge particularmente del contenido mismo de la CDPD es que la discapacidad debe ser abordada desde la perspectiva de los DH³⁹. La Convención es el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI y su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los DH y libertades fundamentales a todas las PCD, promoviendo el respeto por su dignidad inherente. En suma, lograr la efectividad de esos derechos.

Ha pasado más de una década desde su entrada en vigencia, y el grado de avance en el reconocimiento, la protección y ejercicio de los derechos de las PCD sigue siendo un desafío para los estados parte y para la sociedad. Los estados, deben revisar su legislación interna, promover la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos, y diseñar políticas públicas adecuadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención⁴⁰. Deben tomar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar sobre el nuevo concepto de discapacidad. En este proceso, la *educación* basada en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y la toma de conciencia social, son parte de este gran desafío. El reconocimiento a las PCD de la capacidad jurídica de goce y ejercicio -en

39 La Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo, fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 y entraron en vigencia el 3 de mayo de 2008.

40 El Protocolo de la Carta Africana de DH y de los Pueblos, relativo a los derechos de las PCD, adoptado el 30/enero/2018, reconoce expresamente "el apoyo" como medida necesaria para posibilitar la efectividad de los derechos de las PCD (arts. 2 h), 8, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 20, 23, 25 y 26. Catalina Devandas, Relatora especial sobre los derechos de las PCD. Naciones Unidas. Informe presentado el 20 de diciembre de 2016, al Consejo de DH 34º período de sesiones, sobre Apoyos para las PCD. - Ver además: <http://www.cme-espana.org/blog/promoviendo-y-defendiendo-los-derechos-de-84-millones-de-personas-con-discapacidad-en-africa/>

igualdad de condiciones que las demás-, en todos los aspectos de la vida, irrumpe de manera decisiva en un mundo jurídico que tiene su mirada puesta en el modelo de sustitución de la voluntad, en que las PCD no piensan, no opinan ni toman decisiones⁴¹. La nueva CDPD fue un salto cualitativo para las PCD. Plantea un modelo social, basado en la autonomía de la voluntad, libertad para tomar las propias decisiones, en igualdad de oportunidades que las demás personas y no discriminación; modelo integrador, que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son individuales, sino preponderantemente sociales. Las PCD, sea física, sensorial, mental o intelectual, están en una situación de *desventaja social* con relación a los demás, que les dificultan su participación en la comunidad; la sociedad debe compensar y adaptarse a esa realidad y no a la inversa.

Los operadores jurídicos tenemos un protagonismo importante; debemos proponer normas, instrumentos jurídicos y procedimientos adecuados que incentiven la autonomía y el desarrollo personal de las PCD. En el aporte que realizamos en este trabajo de equipo se desarrollan propuestas concretas.

Por nuestra parte, dada la brevedad de estas líneas, nos limitaremos a hacer algunas consideraciones sobre el art. 12 de la CDPD⁴², las medidas

41 Dice Gerard Quinn: "debemos construir un puente por el que todos podamos pasar; necesitamos un nuevo vocabulario; el proceso radical de reenmarcar el debate ha comenzado, pero nos queda un largo camino por recorrer. "Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD", en *Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Coordinación Agustina Palacios - Francisco Bariffi, Ediar, Buenos Aires, 2012.

42 Art. 12. "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

de apoyo, como eje central del ejercicio de la capacidad jurídica, en especial para las personas con diversidades intelectuales o psicosociales y el rol que debe cumplir el notario, como profesional de derecho a cargo de una función pública⁴³. El o los apoyos pueden adoptar distintas formas y variada intensidad; ser requerido para actividades cotidianas o para tomar decisiones más complejas que tengan efectos jurídicos; debe estar basado en la confianza, respetar el derecho, la voluntad y preferencias de la PCD; el último recurso será la toma de decisiones sustitutivas. *La decisión siempre es adoptada por la PCD*; ese es el rasgo principal en las decisiones con apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Puede ser un apoyo formal, como el establecido en el marco de un proceso de determinación de la capacidad, en cuyo caso será ejercido por quien o quienes el Juez considere adecuado, previa consulta y participación del interesado; o *informal*, como es el caso de amigos, familiares u ONG que brindan asistencia en la vida diaria de la PCD.

3.1. El rol del notario en el control de sistemas de apoyos

El notariado, que está en permanente contacto con la realidad, como asesor personal y familiar, se perfila frente a los requirentes en situación de vulnerabilidad -por edad, discapacidad, nivel cultural, enfermedad, situación personal, u otras circunstancias- como un **apoyo eficiente** para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

El "iter notarial", en breve síntesis, se inicia con el conocimiento personal del requirente y de su voluntad personal, resultado del diálogo, la dedicación

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."

43 El apoyo es la persona, o red de personas o instituciones que colaboran con la PCD a través de una comunicación accesible y adecuada a sus necesidades, para manifestar su voluntad y tomar sus propias decisiones, con autonomía y libertad, ejerciendo la capacidad jurídica en la mayor plenitud posible.

y atención personalizada, que es fundamental, en especial en situaciones de vulnerabilidad. Por ejemplo: otorgarle más tiempo en las entrevistas y recurrir a un vocabulario más llano y menos técnico que lo habitual.

En caso de ser necesario, el notario debe brindar las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables y las salvaguardias que sean necesarias en las audiencias previas, para llegar al conocimiento inequívoco de la voluntad de la persona. Puede ser la presencia de alguien de confianza o un familiar que le asista como apoyo, con la utilización de cualquier medio directo, mecánico, electrónico o mediante lenguaje de señas o símbolos, que faciliten la comunicación y permita la expresión de su voluntad real.

El asesoramiento sobre la trascendencia económica y personal, el consejo sobre las ventajas o inconvenientes del camino jurídico a seguir conforme las expectativas expuestas, deberá efectuarse con la accesibilidad que las circunstancias requieran, que asegure a las partes el marco legal adecuado y la libre expresión de su voluntad.

En los casos que así lo ameriten, el notario podrá aconsejar el otorgamiento de un instrumento de "Voluntad anticipada", en previsión de una eventual futura discapacidad de la persona, transitoria o permanente, que le dificulte o le impida tomar decisiones por sí mismo. A las mismas nos abocaremos al tratar los actos de autoprotección.

Como queda dicho, los notarios, en el ejercicio de su actividad como profesionales de derecho y depositarios de la fe pública notarial, asumen la responsabilidad de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, y en especial a quienes, por sus características o circunstancias personales así lo ameriten, entre ellas las PCD, y no deben convertirse en las barreras que le impidan el ejercicio de los derechos reconocidos.

En consecuencia, es dable analizar la viabilidad de establecer **mecanismos de control en sede notarial**, de sistemas de apoyos diseñados por la PCD, en el ejercicio de su autonomía personal y libertad para tomar sus propias decisiones, que actualmente se exteriorizan por vía jurisdiccional. La competencia notarial facilitaría el procedimiento, en varios sentidos: sencillez, celeridad, inmediatez con el interesado, asesoramiento personalizado, efectividad y garantía de legalidad que brinda la participación de un notario del sistema latino, que es depositario de la fe pública, dando autenticidad a los hechos sucedidos en su presencia y a los documentos que resulten de su actuación. El notario garantizará, asimis-

mo, que las medidas de apoyo propuestas por la PCD para el ejercicio de su capacidad jurídica, estén acompañadas de las salvaguardias adecuadas y efectivas que impidan los abusos, el conflicto de intereses y respeten sus derechos, la voluntad y sus preferencias (Conf. art. 12.4 de la CDPD).

Proponemos un *sistema alternativo*, que brinde a los interesados la posibilidad de optar por instar el procedimiento en sede judicial o hacerlo en el marco de la jurisdicción voluntaria con intervención notarial.

4. Personas mayores

El envejecimiento de la población está a punto de convertirse en una de las transformaciones sociales más significativas del siglo XXI, conforme el informe de las Naciones Unidas de 2017, sobre "Perspectivas de la Población Mundial"⁴⁴.

El envejecimiento está ligado a la falta de igualdad y discriminación, que se manifiesta en un trato diferenciado y perjudicial que en gran medida reciben las personas mayores (PM), que las debilita frente a una sociedad que las percibe como un grupo de especial vulnerabilidad.

La protección de los DH de las PM constituye un reto en el derecho interno e internacional. Afecta a todos los ciudadanos, ya que todo ser humano es un adulto vulnerable en potencia, que requiere normas y políticas públicas adecuadas.

A efectos de avanzar en sistemas de protección de sus derechos, es preciso identificar quiénes forman parte de este colectivo social. Puede hacerse desde las perspectivas de la edad cronológica, más de 60 o 65 años; de la edad fisiológica, referida al proceso de envejecimiento físico que, aunque vinculado con la edad cronológica, no puede interpretarse simplemente como la edad expresada en años; y la edad social, que alude a las conductas que la sociedad considera adecuadas conforme la edad cronológica, que antes mencionamos, y que suele referirse a ellas como la "tercera edad".

44 El número de personas mayores de 60 años, se espera se duplique para 2050 y triplique para 2100: pasará de 962 millones en 2017 -13 por ciento de la población mundial- a 2100 millones en 2050 y 3100 millones en 2100. A nivel mundial, este grupo de población crece más rápidamente que los de personas más jóvenes. (*<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html>)

No puede establecerse solo con estas pautas, sino haciendo referencia a la condición de *desventaja social* que las torna vulnerables⁴⁵. Por ello, no compartimos la definición de Personas Mayores adoptada por la Convención Interamericana sobre la Protección de los DH de las Personas Mayores, aprobada en 2015, que hace referencia a la edad cronológica: 60 años o más... (conf. art. 2)⁴⁶.

4.1. La especificación de los derechos de las personas mayores

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Como parte del proceso de especificación de los derechos, en un contexto de dispersión normativa, se fue gestando en el sistema universal y regional interamericano, la necesidad de incorporar los DH de las PM, en un instrumento internacional de carácter vinculante⁴⁷. La ONU, en diciembre de 2010, creó un Grupo de Trabajo sobre envejecimiento, abierto para todos sus miembros, para establecer los acuerdos mínimos para la elaboración de una Convención, y en 2014, creó el cargo de Experto Independiente sobre el disfrute de los DH por las PM.

En paralelo, la AG de la OEA, aprobó el 15 de junio de 2015, la "*Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas*

45 La discriminación, la violencia, el abuso en sus distintas formas, son algunos de los rasgos frecuentes que afectan la dignidad de las personas mayores, y las coloca en muchos casos, en situación de vulnerabilidad y progresiva dependencia, frente a la carencia de un modelo social que favorezca su autonomía.

46 Una definición posible es referirse a "*la condición de desventaja que conlleva el envejecimiento para todos los seres humanos, la que deviene de las actitudes, percepciones sociales negativas u otros factores que originan barreras que se expresan en forma de discriminación, limitación o impugnación del ejercicio de los derechos humanos*". Del Grupo de redacción sobre los DH de las PM del Comité Directivo para los DH de Europa, en su informe de marzo de 2012. "Perspectivas Globales sobre protección de DH de adultos mayores. 2007-2013". Sandra Huenchuan. Naciones Unidas. CEPAL. <https://fiapam.org/wp-content/uploads/2014/01>.

47 Entre otros, se elaboró: *El Plan de Acción Internacional de Viena, sobre Envejecimiento de 1982, marcó los primeros pasos en este sentido; Los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad, de 1991, El Plan de Acción sobre el Envejecimiento, Madrid, 2002, y La Declaración de Brasilia, de 2007, que impulsó concretamente este proceso para la protección de los derechos de las personas mayores.*

Mayores"⁴⁸. El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el ejercicio de los DH y Libertades fundamentales de las PM, en condiciones de igualdad, a efectos de contribuir a su plena inclusión social. (Conf. art. 1). Incorpora como propios y amplía: *Los cinco Principios de Naciones Unidas* en favor de las personas de edad, de 1991; hace una enumeración de derechos protegidos, tomando como eje central la igualdad y no discriminación; reafirma el derecho de las PM a igual reconocimiento como persona ante la ley; el derecho de acceso a la justicia y la responsabilidad de los estados parte de promover la toma de conciencia social sobre la presente convención⁴⁹. Dada la brevedad del presente comentario, no abundaremos en el contenido de la Convención, que marca un hito importante en el reconocimiento y protección de los DH de las PM, que suelen ser víctimas de discriminación, violencia, abuso e intolerancia, producto de la falta de consideración por la diversidad humana⁵⁰.

La intervención notarial referida a este colectivo social debe responder a los mismos parámetros que hemos descrito con relación a las Personas con discapacidad y al resto de personas en situación de vulnerabilidad, adaptándolos a cada caso en particular. Los valores esenciales que deben tenerse en mira en nuestra actuación profesional, son el respeto por la dignidad, la autonomía y la igualdad de todas las personas y en especial tratándose de quienes están en condición de vulnerabilidad, que encuentran en el notario, desde un consejo familiar o personal, hasta el asesoramiento en la elección de formas de protección de sus intereses económicos, que le garanticen seguridad jurídica. A las formas jurídicas y económicas de su protección nos abocaremos en otros puntos del presente.

48 Un antecedente relevante fue la carta de DH de las PM de San José de Costa Rica, aprobada por la CEPAL, en 2012.

49 Para ampliar el tema, puede verse: María Isolina Dabove (Directora). *Derechos Humanos de las personas mayores*, Astrea, 2017, 2° Ed.

50 Desde hace algunos años, se plantea en los ámbitos locales e internacionales, el "derecho de la vejez" como una nueva especialidad transversal, ligada a este fenómeno demográfico y social, que es el envejecimiento global y multigeneracional. Está destinada al estudio de las PM, su integridad jurídica, capacidad, autonomía, libertad, y el goce y ejercicio de los DH, en un marco de inclusión y participación social, en el derecho interno, regional e internacional. María Isolina Dabove (Directora). *Derechos Humanos de las personas mayores*, Astrea, 2017, 2° Ed.).

4.2. La protección de los adultos en el derecho internacional privado Convenio sobre Protección Internacional de adultos

Desde el derecho internacional privado, la protección de los AM ha sido considerada por la Conferencia de La Haya⁵¹, en el Convenio sobre Protección Internacional de Adultos, del 13 de enero del año 2000, que entró en vigor el 1° de enero de 2009.

En la actualidad, conforme lo ha informado el Comité de DESC de las Naciones Unidas, hay alrededor de 50 millones de personas en el mundo tienen más de 80 años⁵².

La vulnerabilidad no es consecuencia directa del dato cronológico; puede estar presente por factores limitativos de carácter mental o físico, que dificulta a las personas adultas a tomar sus propias decisiones, cualquiera sea su edad, aunque el tema sea encarado desde la óptica de los "adultos mayores" vulnerables. Para el Convenio son adultos las personas mayores de 18 años.

Teniendo en mira la circulación de las personas en el mundo, que tienen patrimonio y se trasladan a otro país que no es el de su residencia habitual, pueden darse situaciones jurídicas que haya que atender, provocadas por limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta es la razón por la cual el derecho internacional privado debe encararlo.

El Convenio se aplicará, dice el art. 1, *en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses*. Los objetivos del Convenio, que están claramente determinados, están relacionados con la competencia en el Estado, de las autoridades encargadas de tramitar los regímenes de protección jurídica, de representación o apoyos, según corresponda, su reconocimiento internacional, la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia, y asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes. El convenio establece que en principio, las autoridades administrativas y judiciales del Estado de residencia habitual,

51 Organización intergubernamental, con competencia legislativa, fundada en 1893, que trabaja por la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado.

52 Documento de trabajo del Parlamento Europeo sobre protección de adultos vulnerables, Comisión de Asuntos Jurídicos. 24-noviembre-2015.

serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto. En caso de traslado de la residencia habitual a otro Estado contratante, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

En el ámbito de la función notarial, tiene especial relevancia, lo dispuesto en el convenio sobre instrumentos otorgados en previsión de la propia discapacidad. Los poderes de representación, preventivos, y las voluntades anticipadas, para ejecutarse cuando la persona adulta no esté en condiciones de velar por sus intereses, y tomar sus propias decisiones, se regirán en cuanto a su existencia, alcance, modificación o extinción, por la ley del estado de su residencia habitual en el momento del otorgamiento de estos actos, salvo que haya elegido en éstos otra ley aplicable. En consecuencia, tienen validez extraterritorial en función de lo dispuesto por la ley aplicable (conf. art. 15).

5. Jurisprudencia internacional sobre grupos en situación de vulnerabilidad

5.1. *Ámbito europeo*

Personas con discapacidad. Discriminación. Acceso a la justicia

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de DH, han expresado a través de sus sentencias, que en el área discapacidad, basan el derecho aplicable en la CDPD y sus principios; que interpretan las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a la luz de esta Convención Internacional.

Tribunal Europeo de DH en el Caso "Cam vs. Turquía", 26 de mayo de 2016 (demanda nº 51500/08). En Turquía se denegó la matriculación en la Academia nacional de Música, a una estudiante porque era ciega⁵³. El TEDH expresó: que

53 La demandante había superado el examen de ingreso al conservatorio en el año 2004. Una comisión médica del hospital de su distrito elaboró un informe en el que concluyó que podría tomar aquellos cursos en los que la vista no fuera requerida. La Academia declaró que no existían secciones de sus clases en las que se pudiera prescindir de la capacidad visual y rechazó la solicitud de inscripción. La señora Cam interpuso una demanda ante el Tribunal

"la discriminación basada en la discapacidad se extiende también a la negativa a efectuar un ajuste razonable para facilitar el acceso a la educación de personas con discapacidades. El ajuste razonable tiene por objeto una igualdad sustancial. La negativa a proporcionarlo implica discriminación⁵⁴.

El derecho de acceso a la justicia. El TEDH ha manifestado en sus sentencias, que la accesibilidad es un principio esencial de la CDPD y requiere que se realicen ajustes razonables para que las PCD puedan acceder a los órganos jurisdiccionales y participar en los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones con las demás.

En "Nenov c. Bulgaria", nº 33738/02, del 16 de julio de 2009, apdo. 52, el TEDH expresó que puede ser necesario proporcionar representación legal gratuita a las personas con discapacidad para garantizar el derecho a un proceso equitativo, si esas personas tienen dificultades para entender las complejidades de los procedimientos⁵⁵.

Así, se resolvió en el caso "A.K. y L. c. Croacia", nº 37956/11, TEDH. Un menor fue dado en acogida al poco de nacer con la autorización de su madre. Entonces "se retiraron los derechos parentales de la madre con la justificación de que tenía una leve discapacidad intelectual y no era capaz de atender a su hijo debidamente"⁵⁶. El TEDH dictaminó: "que las autoridades nacionales debían haber velado por que los intereses de la madre estuvieran debidamente protegidos en el proceso". En vista de sus circunstancias personales, estaba claro que la madre no podía entender correctamente todas las consecuencias legales de ese proceso o defender su caso adecuadamente, pero aun así el órgano jurisdiccional permitió que permaneciese sin representación. El Tribunal consideró que esto era una violación del artículo 8 del Convenio europeo de DH⁵⁷.

Administrativo de Estambul, que convalidó la decisión de rechazar a la peticionaria con fundamento en que carecía de un reporte médico completo que declarase su aptitud.

54 Agregó el Tribunal, que "las prohibiciones sobre discriminación implican que los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en la práctica. La medida que se requiera dependerá en cada caso de las circunstancias".

55 Manual sobre "el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia". http://fundacionvalsain.com/images/pdf/fra-ecthr-2016-handbook-on-access-to-justice_es.pdf.

56 La madre presentó una demanda para recuperar sus derechos parentales, que fue desestimada porque su hijo ya había sido adoptado por terceros. La madre no había sido informada del proceso de adopción y no fue parte del mismo.

57 Manual sobre "el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"

En *Shtukurov c. Rusia*. Corte Europea de DH. Junio de 2018. El demandante Mr. Pavel V. Shtukurov es un ciudadano ruso, con una discapacidad mental reconocida desde el año 2003. En diciembre de 2004 el Tribunal del Distrito de Vasileostrovski, a petición de su madre, dictó una sentencia que le privaba totalmente de capacidad jurídica. No fue informado del inicio del procedimiento y no participó en el mismo. La sentencia de la Corte Europea que fue definitiva en junio de 2008, decidió sobre la privación de la capacidad jurídica dictada en ausencia de la persona en cuestión y de la internación involuntaria en un hospital psiquiátrico, y determinó que se había violado el derecho del demandante a un juicio equitativo, al respeto de su vida privada y familiar y a no tener injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho - Artículos 6 y 8, CEDH⁵⁸.

5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mencionamos algunos ejemplos en la jurisprudencia de Corte IDH, sobre personas en situación de vulnerabilidad, niñas, niños y adolescentes, género, personas con discapacidad, personas mayores; no discriminación, derecho a la salud, a la educación, acceso a la justicia⁵⁹.

58 La Corte Europea indicó que los estándares de Rusia respecto de este tema en particular diferían de los adoptados a nivel europeo. El Comité de Ministros en el proceso de seguimiento de cumplimiento de la sentencia, solicitó que las autoridades rusas emprendan la reforma de las disposiciones criticadas por el Tribunal y aceleren la reforma respecto de la internación de personas con perturbaciones mentales en instituciones psiquiátricas. *Rev. internacional de derechos Humanos*. Dic./2011. *Sur Conectas*. España. "Ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos en Rusia", María Issaeva, Irina Sergeeva y María Suchkova. <http://sur.conectas.org/es/ejecucion-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-en-rusia/>

59 Cabe mencionar, que en el ámbito iberoamericano, la XIV Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, de 2008, elaboró "Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", en las que se establecen las bases para garantizar el acceso efectivo a la justicia de este colectivo, sin discriminación, y recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial iberoamericano. Incluye en este grupo social a las personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas

Género. Trato discriminatorio

Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de la Corte IDH del 24 de febrero de 2012. El caso se refiere a la custodia parental, derechos LGBT y responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., que fue asumido por el padre de las menores. La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado chileno, y que se habían violado los arts. 1,11,17, 19, 24, 25 y 8 de la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y otros tratados del ámbito interamericano y del sistema universal de DH⁶⁰.

Los niños como grupo social vulnerable

En materia de derechos de los niños y niñas la Corte IDH ha tratado en forma pormenorizada los alcances del art. 19 de la CADH. Esta norma constituye una obligación especial que se suma a las generales de respeto y garantía sin discriminación, en aquellos casos en que el titular de derechos es un menor de 18 años⁶¹.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sen-

y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

60 Hechos: Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. - En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva. Ver Sentencia completa en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

61 A partir de este análisis general la Corte IDH ha tratado, además, el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el *corpus iuris* internacional sobre la protección de los derechos de los niños/as; y, los alcances del interés superior del niño/a aplicado al sistema de derechos convencional interamericano. *Cuadernillo de jurisprudencia de a Corte IDH N° 5: Niños, niñas y adolescentes.*

tencia de 19 de noviembre de 1999. Los hechos del caso se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los "niños de la calle". Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija biológica M. La Corte se pronunció sobre el plazo razonable, la debida diligencia en determinados procesos judiciales internos, la protección de la familia, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. La Corte expresó que la guarda judicial que culminó en la adopción simple de M se otorgó sin el consentimiento del padre biológico; que el *derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño*⁶².

Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia del 1° de setiembre de 2015. Derecho a la educación y a la salud. Niña con VIH. Protocolo de San Salvador. *Es el primer caso en la historia de la Corte IDH en el que se declara la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la CADH sobre DESC*. En este caso, *se declara la violación del "derecho a la educación", art. 13 del Protocolo*⁶³. La Corte expresó que la autoridad nacional utilizó *argumentos abstractos y estereo-*

62 Hechos: Los hechos del presente caso se inician el 16/junio/ 2000, cuando nace Milagros Fornerón, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo A. J. Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. El Sr. Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de Milagros Fornerón, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de Milagros, el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija. Luego de una extensa disputa judicial, finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de Milagros Fornerón al matrimonio B-Z. Ver sentencia completa en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

63 Hechos: *Talía Gabriela Gonzales Lluy fue expulsada a los 5 años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando por motivos relacionados a su situación de salud y de persona*

tipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que la decisión constituyó un *trato discriminatorio* en contra de Talía, que sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el Tribunal Interamericano *por primera vez el concepto de "interseccionalidad"* para el análisis de la discriminación.

Discapacidad. La CADH no incluyó expresamente en su normativa, los derechos de las PCD; esto no implica que la jurisprudencia de la Corte no haya atendido esta temática en sus sentencias.

Caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia de la Corte IDH, del 4 de julio de 2006. Es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una *discapacidad mental*. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a PCD mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y maltratos a los que fue sometido Ximenes Lopes en una institución mental, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. El estado reconoció su responsabilidad en los hechos, y los malos tratos recibidos por el señor Lopes antes de su muerte, violando los arts. 4 y 5 de la CADH⁶⁴.

con VIH, señalando la autoridad nacional que Talía podía ejercer su derecho a la educación "mediante una instrucción particularizada y a distancia".

64 Hechos: El Sr. Damião Ximenes Lopes, durante su juventud, desarrolló una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. En la época de los hechos, tenía 30 años de edad y vivía con su madre en la ciudad de Varjota, situada a una hora de la ciudad de Sobral, sede de la Casa de Reposo Guararapes. Allí fue admitido como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el 1/ octubre/1999. Al momento de su ingreso no presentaba señales de agresividad ni lesiones corporales externas. Dos días después, tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado. Entró a un baño y se negaba a salir de ahí, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes. Por la noche tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana. Al día siguiente, la madre llegó a visitarlo y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. El señor Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Falleció el mismo día, aproximadamente dos horas después de haber

Caso Chinchilla Sandoval, M.I. vs Guatemala. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Persona que cumple condena de prisión. Derecho a la salud. Deficiente atención médica. Discapacidad⁶⁵. El Juez Ferrer expresó : *que la falta de garantías al derecho a la salud, las condiciones de detención y la violación a los derechos de la personas con discapacidad, confluyeron de manera interrelacionada y decisiva para que su estado de salud se deteriorara*; subraya que el derecho a la salud incluye y se refuerza en este caso, la accesibilidad, la disponibilidad, la calidad y la aceptabilidad, o bien, la de adopción de *ajustes razonables* para garantizar el disfrute de ese derecho, en el caso de las personas con discapacidad⁶⁶.

Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012. El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado argentino por demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad⁶⁷. La sentencia *aborda el tema de los derechos de los niños y las niñas, y las personas con discapacidad, conforme el modelo social de la discapacidad*; la falta de plazo razonable del proceso hasta llegar al cobro de la indemnización, que demoró más de 12 años, que implica la violación del derecho de acceso a la justicia; declaró violado el principio de no discriminación y el derecho a la integridad personal de Sebastián Furlan.

sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte. Sus familiares interpusieron una serie de recursos. Sin embargo, no se realizaron mayores investigaciones, ni se sancionaron a los responsables.

65 Hechos: la señora Chinchilla Sandoval había sido detenida el 30/mayo/1995 y ese mismo año fue condenada a 30 años de prisión por los delitos de asesinato y hurto agravado; el cumplimiento de su condena se llevaba a cabo en el Centro de Orientación Femenino; adquirió una limitación física al amputársele la pierna como consecuencia de una deficiente atención médica en el tratamiento de su diabetes dentro del centro de detención, y murió el 25 de mayo de 2004 a los 51 años.

66 Sentencia completa: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf

67 Hechos: Accidente sufrido por un menor de 14 años, Sebastián Furlan, en 1988, al colgarse de un travesaño que se encontraba en una propiedad abandonada del Ejército Argentino, que pesaba 45 kg, que cayó sobre su cabeza, provocando daños irreversibles. En 1990 su padre interpuso demanda civil contra el estado argentino reclamando indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente a su hijo. El juzgado, en setiembre del año 2000, condenó al Estado al pago de una indemnización, que se hizo efectiva en bonos de deuda argentinos, y en la venta inmediata el demandante perdió más del 70 % del monto indemnizatorio. En marzo de 2011, se inicia el caso ante la Corte IDH. Ver Sentencia completa: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/furlan/esap.pdf>

Derecho a la salud

Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala. Sentencia del 23 de agosto de 2018. DESC. Igualdad, no discriminación. Derecho a la salud. Personas con VIH. Vulnerabilidad. La Corte I. DH consideró que Guatemala es responsable por violar el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y la protección judicial de varias personas que viven o vivieron con el VIH -arts. 8, 25, 5 y 4 de la CADH, y a su obligación de realización progresiva de los DESC- art. 26 de esta convención. Asimismo, determinó que el Estado cometió actos de discriminación por razón de género en contra de dos mujeres embarazadas⁶⁸.

Adultos mayores

Caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile". Sentencia del 8 de marzo de 2018. Derecho a la salud. La Corte IDH declaró, por unanimidad: la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Poblete Vilches su derecho a la salud -artículo 26 de la CADH- sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes *con relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor*, lo cual derivó en su muerte; que el Estado vulneró los derechos a la vida e integridad personal, a obtener el consentimiento informado y al acceso a la información, en materia de salud, y el acceso a la justicia, en perjuicio de él y sus familiares⁶⁹.

68 Los hechos sucedieron entre los años 1992 y 2003. La Sentencia hace referencia a 34 personas que actualmente viven con el VIH en Guatemala, 15 personas que vivieron con el virus pero que ya fallecieron, y a sus familiares; eran personas de escasos recursos, madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, con baja escolaridad, los efectos de su condición como personas que viven con el VIH no les permitió realizar la misma actividad previa a su contagio, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, o eran mujeres embarazadas. En 2001, una asociación de lucha contra el SIDA envió una carta al Ministro de Salud y al presidente de Guatemala, solicitando la revisión de los tratamientos médicos ofrecidos por el gobierno y cuestionó los límites que existían sobre su accesibilidad. Debido a la falta de respuesta, presentaron un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad del país. Esta Corte consideró que las reuniones mantenidas por el Presidente constitucional del país, en la que ordenó una transferencia de dinero para atender el tratamiento de las personas con VIH/ SIDA necesitadas, argumentó que el agravio que le reclamaron cesó, por lo que la acción intentada quedó sin materia sobre la cual resolver, lo que hizo que la declarara improcedente. Sentencia completa: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

69 La Corte ordenó como medidas de reparación integral, *inter alia*, que: se publique la sentencia; se realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad; implementar programas de educación en DH; fortalecer el Instituto Nacional de Geriátría; publicación de los derechos de las personas mayores en materia de salud; política general de protección integral de las

CAPÍTULO II. PARTE ESPECIAL. LAS PERSONAS VULNERABLES Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL

I. JUICIO DE CAPACIDAD Y ACTUACIÓN NOTARIAL. CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

Sebastián Justo Cosola

Las reglas generales de capacidad que han asimilado las codificaciones iberoamericanas a través de los tiempos han causado notables cambios de interpretación motivados esencialmente por la innegable influencia que proyecta sobre las mismas la continua ratificación de tratados, declaraciones y principios internacionales, especialmente aquellos que tienen jerarquía constitucional. Para la República Argentina, el cumplimiento de los tratados suscriptos con los países de donde resulta la cooperación común, resulta ser absolutamente exigible y de innegable importancia, ya sea por la incorporación constitucional de los tratados con jerarquía de derechos humanos en 1994, ya sea por la afirmación de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en vigencia desde 1980.

En esta orientación, debe asumirse que el estudio del *derecho internacional privado* (en adelante, DIPr.) siempre fue relevante en nuestra tierra: específicamente en el tema que hoy ocupa nuestra atención, es la tesis doctoral de la Dra. Margarita Argúas, primera mujer en integrar la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, la que establece la importancia de esta disciplina, entre otros casos "*cuando se refiere a la capacidad o incapacidad de las personas cuando trae como consecuencia la nulidad de los actos*"⁷⁰. Por los tiempos actuales además, la materia ha pasado a ser absolutamen-

personas mayores, así como otorgar las indemnizaciones correspondientes. *Hechos*: El Sr. Poblete Vilches, de 76 años, fue internado en un Hospital Público, en los meses de enero y febrero de 2001. Durante su primer ingreso se le practicó una intervención, cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin el consentimiento de su familia. Se le dio de alta de manera temprana sin mayores indicaciones, y durante su segundo ingreso al mismo hospital se le negó el tratamiento que requería, en parte por su edad, derivando posteriormente en su fallecimiento en el mismo hospital el 7 de febrero de 2001.

70 Cfr. Margarita Argúas, La regla "Locus Regim Actus", Revista "Lecciones y Ensayos" n° 31, Fac. de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1966, pág. 34 (TD).

te relevante y consustancial en el ejercicio práctico del derecho notarial, precisamente porque ya no es únicamente la doctrina internacional sino la propia ley la que recepta su contenido; el Código Civil y Comercial de La Nación vigente en nuestro país (en adelante, CCCN) dedica todo el título IV para proyectar ciertos principios que la Nación admite como indispensables para el desarrollo social (arts. 2594 a 2671), estando presentes los relativos a la cuestión de la capacidad (arts. 2616 y 2617), lo que permite pensar no solo en su relevancia, sino en su posicionamiento en el derecho argentino⁷¹. Muy a pesar de la codificación interna del DIPr. en el cuerpo del CCCN, es bueno dejar en claro que otra gran parte de temas propios de la disciplina siguen estando regulados en leyes especiales y complementarias que también se encuentran vigentes en nuestro país⁷², y, dentro de estas consideraciones, la importancia de las *Conferencias interamericanas especializadas en Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P)*, antecedente de logro de codificación del DIPr., muchas de las cuales nuestro país ha ratificado, vinculándose así con otros países firmantes⁷³. En definitiva, la aplicación del DIPr. deviene obligatoria, ya que hoy, más que en ningún momento de nuestra historia, desconocer el mismo hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

A todo esto, el actual y repotenciado desarrollo de las temáticas de derechos humanos relacionadas con la protección del desenvolvimiento del hombre en libertad, influye aún mucho más para que los países realicen esfuerzos en sus legislaciones internas con el fin de conformar un bloque común de reconocimiento de derechos supranacionales. En la necesaria búsqueda de la normativización de las costumbres y específicamente en el tema de la capacidad, se justifica el ejercicio habitual del oficio notarial a partir de los intentos por brindar un marco legal protectorio dirigido a resguardar los intereses de aquellas personas que son las que precisamente, con capacidades limitadas, diferentes o restringidas, pretenden reunir sus voluntades en el derecho patrimonial, asumiendo la sujeción de las mismas a los principios elementales tanto de la personalidad como de la buena fe.

71 Cfr. Liliana E. Rapallini, *Temática de derecho internacional privado*, Lex, La Plata, 2017, pág. 26.

72 Cfr. Luciana B. Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pág. 84.

73 Liliana E. Rapallini, *Temática de derecho internacional privado*, pág. 23.

Universalidad de los derechos humanos. Impacto en el Código Civil y Comercial de La Nación

La universalidad de los derechos humanos presente en la actualidad una fuerte influencia iusnaturalista, y puede ser abordada desde dos diferentes perspectivas:

a) Desde la perspectiva jurídica: se relaciona a la forma en como están redactados los preceptos jurídicos; si de su lectura se infiere que el derecho que se proyecta puede adscribirse a todo sujeto de una determinada clase es un derecho fundamental (menores, trabajadores, campesinos ciudadanos, mujeres, indígenas). Ferrajoli agrega: que además los mismos deben ser universales. Por ello dice: existen derechos fundamentales (que son universales, aplicables para todos, libertad de expresión) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de las demás, disposición de una persona sobre su automóvil).

b) Desde la perspectiva política: suposición de que los derechos fundamentales están en cabeza de toda la humanidad sin importar el país en el que haya nacido, aunque su forma de implementación -por historia, religión, etcétera- no sea, ni tenga que ser uniforme.

Los derechos fundamentales como derechos universales sirven para extenderlos a todos los habitantes y además para deducir desde ellos su inalienabilidad y su no negociabilidad. Frente a un derecho fundamental no se pueden oponer principios menores como: "bien común" "interés público" "seguridad nacional" "moral ciudadana", etcétera. La consideración actual de la teoría de la personalidad humana, como generadora del concepto de capacidad, cobra una importancia capital⁷⁴. La proyección de los derechos humanos internacionales debe siempre considerarse en modo evolutivo⁷⁵, aunque en líneas generales las leyes y la sociedad no logran incorporar aun los cambios esenciales necesarios en el tema que hoy merece nuestra atención⁷⁶.

74 Cfr. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, págs. 23 a 29.

75 María Silvia Villaverde, "Modelo Social y de Derechos Humanos", en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Otilia Zito Fontán (Coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 57.

76 Marcela V. Spina, "A más vulnerabilidad, mayor protección. Discapacidad y cuestiones de género", en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Otilia Zito Fontán (Coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 334.

Posicionados en los avances que el derecho proyecta en la actualidad, el primer principio emergente del propio CCCN en materia de capacidad establece, en sintonía con la teoría de la personalidad, que la capacidad de la persona humana es plena -con algunas pocas excepciones previstas en la ley- para que la misma sea titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22), presumiéndose aun cuando la propia persona se encuentre *internada en un establecimiento asistencial* (art. 31). Este principio rector se encuentra en sintonía con los principios sostenidos en el mismo cuerpo legal considerando el impacto de la capacidad de las personas para el derecho internacional privado, perfilándose como un *marco contenedor genérico* que no diferencia las diferentes capacidades⁷⁷. En definitiva, estos primeros principios establecen la necesaria correlación de lo captado por la norma, en respeto a las convenciones y tratados en que la nación es parte, intentando fortalecer y hacer prevalecer, bajo toda circunstancia, la dignidad e igualdad de la persona humana que se encuentra en estado de vulnerabilidad, acrecentando su aptitud de actuar⁷⁸. Para notar estos avances, es necesario advertir como eran las normas relativas a la capacidad en el Estado de Derecho Legal para luego ver como su orientación y en especial, el ámbito de tutela efectiva cambia notablemente en el Estado de Derecho Constitucional, modelo al que nuestro derecho adscribe actualmente.

La regla de capacidad (normas) en el Estado de Derecho legal⁷⁹

Los códigos y las leyes decimonónicas han promovido una serie de reglas tendientes a armonizar las relaciones entre personas a partir de la propia noción del derecho, caracterizada por su alejamiento de la moral y consecuentemente, con la aprobación de la noción del sistema jurídico como un conjunto de reglas cerradas y depuradas de todo aquello que contamine su propia pureza. Debe recordarse que, hasta no hace demasiado tiempo, el centro de importancia del estudio del derecho civil era el patrimonio y no la propia persona, que hoy se presenta como el eje central de su discusión. Todas esas antiguas po-

77 Rapallini, *Temática de derecho internacional privado*, pág. 186.

78 María Cristina Plovanich, *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias*, t° 1A, Alberto Bueres (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 311.

79 V. Cristina N. Armella y Sebastián J. Cosola, *Abordaje Teórico-Práctico de la Ley de mayoría de Edad-Ley 26.579*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.

siciones iban de la mano con la noción de Estado de Derecho Legal, aquél que nacía en Europa a partir de la Revolución Francesa con una duración extendida de aproximadamente ciento cincuenta años, hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial. La visión acerca del derecho -en donde el jurista intérprete del derecho no debía de preocuparse por la justicia del caso concreto, sino por el cumplimiento de la ley escrita- era absolutamente diferente a la que hoy se debe de tener a la luz de las declaraciones de defensa de la humanidad que constantemente promulgan y aconsejan respetar las Naciones del mundo. La acertada opinión de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, no deja entonces espacios para la duda, cuando afirma que *"...ningún sistema, por más perfecto que se pretenda, está ni definitivamente concluido, ni al abrigo de la sinrazón humana"*.

En efecto, muchas son las tesis que describen ciertas características propias del modelo de Estado de Derecho Legal, destacando solamente algunas que creemos se aproximan de mejor forma al tema que ocupa nuestra atención:

a) Se afirma que el derecho estaba solamente contenido en la ley y en los códigos;

b) Se impulsa a que los jueces -por analogía el notario- solamente debían aplicar la ley a partir del silogismo deductivo, bajo amenaza de incurrir en el delito de prevaricato -el notario, también por analogía, violentaría notoriamente los deberes de legalidad, independencia, asesoramiento, información y consejo;

c) Se imponen los métodos gramatical y lógico como medios interpretativos de excelencia para desentrañar el sentido de la ley;

d) No hay lagunas en la ley -por eso el *Code* de Napoleón no contempla mecanismos de integración-;

Uno de los institutos en donde puede notarse lo afirmado es en el análisis del caso de la regla de capacidad. Aquella regla rígida que comprendía según veremos un sistema de ley dedicado a la protección del incapaz sin tener en cuenta su voluntad, definitivamente hoy no encaja en la propia noción de derecho, por cuanto debe necesariamente complementarse con los principios emergentes de una civilización que en general reconoce una impostergable influencia de los derechos humanos, a la hora de establecer las defensas que aquellas personas con capacidades limitadas o restringidas en razón de la edad y en relación con su proyección en la vida jurídica.

En las líneas que siguen analizaremos tan siquiera sucintamente que la regla en estudio ha presentado una interpretación restrictiva: siempre, ante una

cuestión dudosa de falta de capacidad, debe de estarse al cuidado o provecho del incapaz, sin tener en cuenta su voluntad; solo la afirmación de un derecho que ordena, que protege, que controla, que preestablece y restablece las conductas a seguir.

En la actualidad, el notorio avance del derecho de elección personal, consecuencia directa del ya mencionado ejercicio pleno de la libertad, ha venido a alterar estos añejos emplazamientos. La -hasta desmesurada- presencia y vigencia de centenares de miles de convenios o tratados internacionales -y especialmente aquellos a los que nuestro país reconoce con jerarquía constitucional por tratarse esencialmente, de cuestiones con contenido humanitario- viene promoviendo la necesidad de estarse ya no solo al análisis del caso concreto en cada una de las operaciones que por regla general importen al derecho, sino también a la regla de discernimiento y especialmente, a la del interés superior. Tal es el caso del derecho de los menores, de cuya experiencia se desprende una génesis de impronta decimonónica -regla rígida de capacidad-, y que así establecida históricamente en nuestro país presenta en la actualidad *ab initio*, alguna problemática regulatoria e interpretativa de suma consideración e importancia, al tener que confrontarse con la regla reconocida y aceptada mundialmente como principio general del derecho: el interés superior del niño. Este último principio confronta severamente con aquellas interpretaciones que asimilan al crecimiento o madurez natural de un menor únicamente con la edad determinada que prescribe la ley, es decir, con aquello que expresaba Jorge Joaquín Llambías: *"Como es de suponer a favor del menor adulto concurren mayores facultamientos que los concedidos al menor impúber, pero es de notar que esas posibilidades de obrar, no se vinculan a la situación de adulto sino al cumplimiento de edades variables que la ley fija en cada caso"*.

Hacia la armonización de la regla de capacidad (interés superior) con el Estado de derecho Constitucional (principios)

Uno de los argumentos más convincentes que se presentan a la hora de tener que comentar las disyuntivas emergentes entre reglas y principios dentro de la teoría de derechos fundamentales, es precisamente el tratamiento de estos últimos como mandatos de optimización. *"Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las*

posibilidades jurídicas y reales existentes". Un sistema de derecho presenta la "convivencia" de normas (reglas) y normas (principios). Lo que debe de resaltarse es que las reglas pueden aplicarse o no aplicarse, mientras que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados, porque, contrariamente a lo que ocurre con las reglas, no contienen "determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible". Por ello mismo "la forma de aplicación de los principios es la ponderación y no la subsunción que es la forma típica de la aplicación de las otras normas, o sea, de las reglas"⁸⁰.

Sobre lo dicho, es bueno recordar que nuestro país, durante toda la vigencia del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield y en especial, desde la reforma de la Constitución Nacional en el año mil novecientos noventa y cuatro que ha incorporado los tratados con jerarquía de derechos humanos, ha visto reflotar conflictos de convivencia entre normas, consideradas en una doble presentación de reglas y principios. La (norma) regla era precisamente, la regla de capacidad positivizada (personas capaces o personas incapaces), mientras que la (norma) principio estaba dada por aquellos estándares supranacionales que se introducían en nuestro derecho positivo a partir de la valoración del jurista en el marco del constitucionalismo en referencia. En la actualidad, la constitucionalización del derecho privado ordena y marca el rumbo de una armonía legislativa digna de toda consideración. Así, la norma interna y la norma internacional tutelan al hombre y a la mujer de nuestros días, cada vez mas vulnerables en torno a su accionar precisamente por la cada vez mayor dificultad que la vida misma presenta a la hora de marcar los retos que impone la regla de la convivencia.

En definitiva, la tarea notarial actual en las primeras audiencias, orientan al profesional fedatario a alcanzar una mejor y más justa argumentación del derecho que se desenvuelva acorde al Estado de Derecho Constitucional, que debe reconocer, entre otras tesis importantes, las siguientes:

- a) El derecho no es solo la ley, sino también las constituciones y los tratados que reconocen derechos humanos;
- b) La voluntad legislativa debe ser controlada y es posible que los jueces las invaliden por razones jurídicas formales y sustanciales;

80 Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2008, pág. 67.

c) Los jueces -por analogía, también el notario- deben procurar la justicia y la equidad por medio del derecho, asumiendo los casos concretos y dando valor a sus decisiones;

d) El jurista debe recurrir a una inagotable categoría de fuentes del derecho y además debe recurrir a otros saberes no estrictamente jurídicos;

e) Para comprender el funcionamiento del derecho, necesariamente debe de recurrirse al estudio de la filosofía jurídica en general;

f) La constitución es la norma fundamental de un Estado, y obliga a los jueces -por analogía, también al notario- a velar por la sujeción de los ciudadanos a su cumplimiento y para que la misma no sea vulnerada.

Situación actual. Armonía

De acuerdo a lo antes afirmado, el reconocimiento de la plenitud de los derechos y garantías que comienzan por influir al jurista en la búsqueda de la atención del hombre a partir de la última mitad del siglo XX, presentaba algunas limitaciones intrínsecas y no pocas dudas de aplicación, como consecuencia de la -muchas veces- conflictiva readaptación de las declaraciones de principios universales con legislaciones dogmáticas o decimonónicas y codificaciones centenarias que en general, -y específicamente en el tema en estudio- han procurado resguardar una tutela rígida de los intereses y las determinaciones de aquellas personas que por una situación fáctica determinada -temporaria o permanente, general o específica-, se encontraban en un estado de vulnerabilidad frente al mundo real o patrimonial. En la actualidad, la referida puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de La Nación (2015) ha simplificado notoriamente la cuestión interpretativa, ya que sus reglas generales, esbozadas como principios, están de acuerdo casi en su totalidad con la normativa internacional. De esta forma, la norma se equipara a los principios emergentes de las declaraciones internacionales, y por ello los conflictos judiciales han mermado, derivándose en favor de la regla amplia de capacidad casi todos los resultados que plantean ciertas incertezas iniciales.

La capacidad y la noción del concepto de persona

Si se considera a la capacidad como el principal atributo de la persona, puede sostenerse que la misma es definible desde la misma teoría de la personalidad. Más que ello: la referencia a la capacidad en la actualidad no es otra cosa que una referencia a la justicia⁸¹ ya que la misma no define a la personalidad, sino que esta, define a la capacidad⁸². Mientras que en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield la personalidad se desprendería de la capacidad, determinando que el ser humano es una persona cuando no presenta, desde su concepción, distinción de cualidades (se es persona por tener capacidad), para el CCCN todo ser humano es persona, sin tener en cuenta para nada las cualidades y accidentes a que se refería la legislación anterior. Se revaloriza entonces, el concepto de persona en la legislación actual, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el Estado, sino que la misma le viene al mismo, entre otros caracteres interesantes, por su dignidad⁸³. Este reconocimiento por parte de destacada doctrina, se refuerza con la doctrina que emana de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, de donde se deducen innumerables fallos de trascendencia y valoración⁸⁴. Y la misma es analizada desde diversas perspectivas, que son necesarias destacar a los efectos de encuadrar los conceptos más allá del análisis del propio atributo de la personalidad. En efecto, la regla de la capacidad se orienta en nuestro país mucho más allá de la consideración general: la misma

81 Cfr. Guillermo F. Peyrano y Jorge N. Lafferriere, *Restricciones a la capacidad civil*, El Derecho, Buenos Aires, 2.016, pág. 13.

82 V. Elena Highton, "Capacidad de los menores de edad", en *Personas Humanas*, RDPC 2015-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 199. Dice la autora: "El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código".

83 Jorge N. Lafferriere, "La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales", en Gabriel Limodio (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2016, pág. 220.

84 V. Carolina Caliva y Melany Esses, *La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia*, en *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial*, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Dir.), La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 39.

es proyectada desde el derecho de las niñas, niños y adolescentes con una contundencia notable y perspicaz⁸⁵, y también desde el denominado *derecho de la vejez*, considerado como un proceso que comienza con el nacimiento y finaliza con la muerte⁸⁶, donde claramente se hace necesario un sistema de fraternidad que posibilite la concreción de la solidaridad⁸⁷.

Corresponde evaluar a las concepciones tradicionales sobre la persona física o de existencia visible en relación con las modernas tendencias que se sustentan claramente, en una posición diferente. La única diferencia clave para entender el paradigma -alejados del análisis de la cuestión terminológica- radica en comprender que ya no puede existir, sobre la personalidad humana, una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se le es permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Creación notarial del derecho y aplicación de los valores constitucionales

Las primeras teorías por nosotros esbozadas en el inicio del estudio del derecho notarial son las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo de la disciplina y especialmente, del documento notarial como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (*cientiae*) y con un amplio desarrollo en la técnica (*tecné*). Por ello las estudiamos oportunamente, y por ello hoy las celebramos. Pero si tan solo esas teorías fueran lo suficientemente fuertes en la actualidad como para acompañar la evolución del derecho proyectada en nuestro país, con la instauración y puesta en vigencia del CCCN que normativamente constitucionaliza el derecho privado actual, este humilde aporte no tendría razón suficiente ni para ser ni para nacer. La determinación negocial del derecho exhibida a través del producto que cumple con las expectativas sugeridas en las letras de los códigos (el documento elaborado) no puede hoy prevalecer si desde su contenido, se proyecta una injusticia.

85 V. Mauricio L. Mizrahi, *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2015, 879 págs.

86 V. María I. Dabove, *Derecho de la vejez*, Astrea, Buenos Aires, 2018, pág. 5.

87 Cfr. María I. Dabove Caramuto, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005, pág. 30 (TD).

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial -y desde cualquiera de las teorías aludidas, sea una de ellas o varias de ellas en forma de complemento- no puede de ninguna manera sostenerse sino responde a una clara cuestión esencial de forma prescripta. Cuando la forma jurídica se impone como misión a tener en cuenta por el jurista notario para el nacimiento, la consolidación, la transmisión o la constitución de un derecho -de cualquier naturaleza-, no puede ésta sobrevalorarse y mucho menos evitarse. La forma impuesta tiene que ver con el valor seguridad, la misma que engendrada en el seno de la escribanía presupone, sin lugar a dudas, a los valores de verdad (fe) y de justicia (voluntad), tres valores que, consolidados, determinan y afirman la paz.

Fuera de la forma impuesta, el notario es quien debe crear el derecho con todas las fuentes que tiene a su alcance⁸⁸. Inclusive puede contribuir con lo justo cumpliendo con las formas, pero introduciendo en ellas manifestaciones que hacen a lo justo de cada uno, de cada caso en particular, cumpliendo con la máxima de Ulpiano que ordena al derecho ser *Ars boni et aequi* [(el derecho como) arte de lo bueno y de lo equitativo]. Pero siempre resguardando la forma impuesta y nunca en contra de la misma, porque precisamente esa es la garantía de la seguridad jurídica notarial.

Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que, en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar que necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código

88 Dice el artículo 301 del CCCN: *"Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procedimiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera".* En este momento, las cualidades notariales deben aplicarse para definitivamente, "crear" el derecho documental.

de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla. La ley en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la autoridad pública, se aplica sin dudas y a través de criterios como el gramatical o el lógico, y únicamente cuando la misma, adecuadamente interpretada en sus palabras y en su espíritu no ofrece solución para el caso concreto, cabe la libre interpretación científica que dirige a la elucidación analógica, los principios del derecho, entre otras fuentes reconocidas en la antigua legislación.

En este panorama, la regla rígida de capacidad en sede notarial siempre fue de sencilla aplicación y concreción. Asumíamos entonces quienes eran los capaces, quienes los incapaces; sabíamos de clasificaciones -de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho pero no en la de derecho-, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad. En definitiva, la teoría de las personas físicas o de existencia visible se ubicaba dentro de lo que antes he denominado forma prescripta. Un sistema rígido que hay que cumplir por cuanto la forma impuesta protege al acto, y lo que es más relevante: le brinda, por el solo hecho de su ejecución formal, tanto la validez como la vigencia.

Por todo lo antedicho, en la actualidad, este método de concreción del derecho no puede imponerse. Se sostenía sí, con la legislación anterior y con ciertos paradigmas pasados que hemos aprendido de los grandes maestros del derecho civil, que nos terminaron por confirmar que el sistema que hoy se denomina teoría de la personalidad humana, salvo en escasas excepciones, era rígido al que había que sujetarse en razón del control, de la protección y en nuestro caso, de la seguridad jurídica⁸⁹.

89 Tengamos presente que la doctrina en general ha venido advirtiendo el cambio de paradigma del derecho privado. De esta manera, y mucho antes de tener noticias de la creación de la comisión de elaboración del entonces anteproyecto de CCCN, el maestro santafesino Jorge Mosset Iturraspe comenzaba por generar la inquietud por conocer un nuevo derecho privado proyectado desde la carta magna. Se despojaba Mosset en esa obra de la cuestión de la dicotomía - no permitir que la esfera de lo público llegue a lo privado y viceversa, aferrándose al concepto de paradigma, entendiendo al mismo como una tutela del derecho público en

La consideración de la persona humana + sistema flexible de capacidad = concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias. Es así que puede afirmarse lo siguiente:

a) La capacidad de ejercicio en la persona humana se presume aun cuando la misma se encuentre en un establecimiento asistencial;

b) Las limitaciones son únicamente de carácter excepcional, y la intervención estatal siempre tendrá carácter interdisciplinario;

c) Ante un caso absolutamente excepcional, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y de las libertades.

En el ejercicio del derecho positivo vigente, el notario no puede ni debe separar la persona de la capacidad; y por esa razón poco importa que el juicio de capacidad esté o no este referido en las leyes de ejercicio, porque al documentar un hecho o un derecho por voluntad de quien lo requiera, la tesis de la personalidad incluye en las primeras audiencias, la aceptación expresa o tácita que el opus notarial puede ser llevado adelante a través de la consolidación de los atributos en la persona requirente.

El notario debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis

relación a los derechos fundamentales de los hombres que se irradian de/hacia el derecho privado. Fuera del país, los aportes de civilistas notables como el ya mencionado Carlos Fernández Sessarego, incluso desde posiciones iusfilosóficas asumidas, no dejan espacios para duda en estos temas tan trascendentes. Sessarego hablaba de estos temas mucho antes que fueran siquiera tenidos en cuenta por la jurisprudencia dominante. Forjada la inquietud, en la actualidad, autores como Horacio Rosatti no dudan en proyectar el nuevo ordenamiento jurídico privado en/ desde el derecho constitucional. Ya no debe preguntarse el jurista entonces acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, que es una realidad innegable, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, recepta o no recepta los principios constitucionales, o en palabras del autor, el espíritu y el texto de la Constitución. En los tiempos que corren, las modernas doctrinas abocadas al logro de la obtención de reconocimientos de derechos, de garantías y de libertades en general, son explicadas a través del neoconstitucionalismo, que en la precisa explicación de Enrique Del Carril viene a revalorizar la trascendencia de la Carta Magna; la misma deja entonces de ser una mera referencia normativa, para erigirse como "un baremo de toda actuación que quiera considerarse conforme a derecho".

de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva.

¿Por qué razón entonces negar el juicio de capacidad? Todo lo contrario, debe asumirse que, a la luz de la normativa vigente, la sola comparecencia y su aceptación por parte del notario supone que la teoría de la personalidad humana está asumida y protegida, y que, desde el mismo momento de las operaciones de ejercicio, se debe inferir la tutela de la persona por parte del profesional del derecho a cargo de una función pública. Si la capacidad se supone en todos los casos, hasta en los casos extremos que tanto a nosotros nos han preocupado durante todo el tiempo de vigencia del CC, y ante ciertos casos puntuales y de excepción el nuevo ordenamiento autoriza la consolidación de apoyos, no sustituyendo la voluntad, sino todo lo contrario, para complementarla y para consolidarla en un hecho o un acto determinado previsto en el CCCN o en una ley especial, alejarse de ella invocando cuestiones técnicas o de ejercicio meramente formal parece no ser prudente.

La pregunta entonces que puede ahora mismo imponerse es la siguiente: ¿cómo volvemos a ejercer el juicio de capacidad sin temor teniendo en cuenta todo lo preceptuado en el CCCN, que entre otros bemoles, se refiere directamente a la sanción de nulidad de los actos realizados por una persona considerada incapaz?

Declarada no operativa la exigencia del CCCN que ordena la nulidad de los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida que se oponen a lo que determina una sentencia que ha sido inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, o con posible declaración de nulidad si los mismos resultan lesivos al incapaz que al momento del otorgamiento tenía enfermedad ostensible, o se enfrentó con un co-contratante de mala fe, o simplemente dispuso de un acto a título gratuito, la cuestión de la capacidad en sede notarial se vuelve especial y absolutamente relevante, sin ningún temor de ejercicio técnico, ni mucho menos de manifestación documental del mismo, por cuanto sigue siendo, como siempre lo fue, un análisis notarial que se enrola, tanto en la actividad notarial protectora de la legalidad y hoy más que en ningún otro momento, también protector de la voluntad y en tutela de la buena fe que el CCCN exige en muchos de los casos especialmente previstos como norma, y que asume como principio especial en el título preliminar (art. 9).

En resumen, debe tenerse en cuenta especialmente en este sentido, las conclusiones que se fueron dando en orden, de al menos las siguientes tres reuniones relevantes:

a) La 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires;

b) Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil;

c) Las XXXIX Jornadas Notariales de la Provincia de Buenos Aires.

De las mismas se desprende que:

a) La actuación notarial no se ve modificada por la normativa del CCCN;

b) La exigencia de control de certificados específicos expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no es obligatoria;

c) Tanto la declaración de incapacidad como las restricciones a la capacidad tienen una finalidad tuitiva y no se dirigen a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sino a complementarlos;

d) La designación de los apoyos por parte del juez únicamente tienen función de asistencia y no reemplazan la voluntad del interesado, porque la capacidad jurídica se presume y toda restricción constituye una excepción;

e) La declaración de incapacidad queda absolutamente reservada para los casos de excepción; únicamente en estos casos el juez puede nombrar un curador con facultades de representación, pero siempre con la obligación de revisar la sentencia por tiempo determinado;

f) La exigencia de inscripción de la sentencia es adecuada, pero se necesita estructurar un sistema de registros públicos acorde con las exigencias de la seguridad jurídica.

Ese sistema rígido de conceptos relacionados con la persona física y sus capacidades limitadas mediante ley ha mutado absolutamente. El nuevo sistema exige al jurista una adecuación a la realidad y consecuentemente, a la verdad de lo que acontece de acuerdo al derecho.

II. HERRAMIENTAS JURÍDICAS EN PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES

En esta parte nos abocaremos al análisis de derechos fundamentales específicos y las herramientas jurídicas utilizables por los Notarios para protección de los mismos en relación de las personas en situación de vulnerabilidad, analizando normas convencionales, legislación nacional, derecho comparado y jurisprudencia.

I. Ejercicio de derechos personalísimos. Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas o actos de autoprotección

Marcela Viviana Spina

Ante el cambio de paradigma que significaron las Convenciones de Derechos Humanos, que transformaron a los niños, a las personas con discapacidad y a las personas mayores de OBJETO DE PROTECCIÓN, a quienes había que proteger sustituyendo su voluntad y eligiendo lo mejor para ellos a SUJETOS DE DERECHO con "dignidad inherente" y en igualdad de condiciones para expresar sus opiniones, sus deseos y sus preferencias. Y que las mismas sean relevantes para el Derecho y para la sociedad toda.

A la importancia que se otorga a la libertad, a la autonomía y la autodeterminación, y a la concreción del plan de vida de cada persona.

A la positivación de los derechos personalísimos que deben ser ejercidos solamente por la persona y *sólo en ciertas circunstancias excepcionales pueden ser ejercidos por un representante* y a la importancia de la voluntad expresada jurídicamente.

Ante el avance de la ciencia y la tecnología, que enfrenta al hombre con nuevos problemas o dilemas, en especial ante el comienzo y fin de la vida, es necesario recurrir a la bioética "La bioética como un saber o práctica interdisciplinaria que nació casi con la globalización para servir como puente reflexivo entre el ser y deber ser, entre hechos y valores. Y el Derecho enfrenta el desafío de regular esa libertad frente a nuevas ataduras, problemas y dilemas"⁹⁰. Por

90 Tau, José María. "Amar y morir bajo las normas del nuevo Código" en El dia.com.

estas cuestiones todo lo que tenga que ver con la bioética y con los avances de la ciencia está siempre abierto a nuevas modificaciones.

Cobra nueva dimensión el derecho de Autoprotección. "Es el derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento." Es inherente a todo ser humano su posibilidad de elegir y que el Derecho respalde su elección, siendo éste el sustento de la validez jurídica de las directivas anticipadas o actos de autoprotección⁹¹.

A esta figura también se la llama "testamento para la vida", "testamento vital", "living will" en inglés, "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", "mandatos para la propia incapacidad", "directivas anticipadas en materia de salud", "voluntades anticipadas"⁹² y también podría llamarse "autocuratela". Más allá de la discusión terminológica, en el ámbito notarial argentino el término más difundido es "Acto de Autoprotección"⁹³.

En Argentina aún cuando no exista una ley específica e integral que los regule, el juego armónico de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los principios generales del derecho permitió jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados "actos de autoprotección".

La Consitución Nacional a través de su art. 19⁹⁴ conocido como principio de reserva, o protección de la autonomía, consagra la defensa de las acciones privadas de los hombres que no afecten los derechos de los demás, ni el bien común.

El art. 33⁹⁵ que incluye los derechos implícitos o no enumerados.

91 Llorens, Luis Rogelio; Rajmil, Alicia. *Derecho de Autoprotección*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

92 Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. *Vida y Ética*. 11.2 (2010). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf>.

93 La denominación *actos de autoprotección* fue propuesta por la delegación española en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en septiembre de 1998, en Veracruz, México.

94 Artículo 19.- 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.

95 Artículo 33.- 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.

Y el art. 75 inc. 22⁹⁶ que incorpora al derecho interno los tratados Internacionales de Derechos Humanos, incluyéndolos en el bloque de constitucionalidad, dándoles un valor superior a las leyes internas.

Los actos de autoprotección son cada vez más ampliamente reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, en especial debido a los años de trabajo y difusión por parte de la doctrina notarialista, de la que existen trabajos desde principios de la década del noventa⁹⁷.

Fueron reconocidos en prestigiosos fallos relacionados con temas de salud y por primera vez especialmente tomados con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud⁹⁸.

96 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

97 Llorens, Luis Rogelio; Taiana de Brandi, Alicia. *Estipulaciones y Disposiciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires. 1996.

98 Artículo 11 de la Ley 26.529 "Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes". Fallo "M." de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, "S. M. de C Insania 09/02/2005") El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como "Caso M - Directivas anticipadas" del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

A partir del año 2004, se crearon los registros de actos de autoprotección en el ámbito de los colegios notariales de las distintas provincias, que inscriben las escrituras públicas otorgadas en cualquier jurisdicción del país, por personas que, previniendo una eventual incapacidad o falta de discernimiento, dejen en el citado documento instrucciones concernientes al tipo de tratamiento que desean recibir con respecto a su persona y/o bienes. Existen registros de actos de autoprotección en 21 de las 24 jurisdicciones notariales del país.

A partir de diciembre de 2009 funciona en la órbita del Consejo Federal del Notariado Argentino el Registro Nacional de Autoprotección, al que se deben comunicar todos los actos inscriptos en los Registros del país. La finalidad del mismo es que ante una efectiva consulta, pueda conocerse todo acto inscripto en cualquier Registro del país.

El registro es de carácter reservado, solamente publicita la existencia del acto de autoprotección, los datos del otorgante y los datos del registro notarial, donde ubicar el mismo. La información sólo se brinda al otorgante o representante legal, a las personas especialmente autorizadas por él y a Juzgados Intervinientes o médicos o centros de salud que atiendan la salud del otorgante.

En algunas jurisdicciones está prevista la transcripción de directivas de salud⁹⁹. Para poder transcribir el contenido de las directivas anticipadas de salud, el otorgante debe autorizar expresamente al Notario para ello, teniendo en cuenta que la información que se maneja es confidencial y los datos considerados sensibles protegidos de acuerdo a la Ley 25.326.

Consideramos de gran utilidad que todos los juzgados intervinientes en cuestiones a las que pueda interesar el contenido de los actos de autoprotección consulten al Registro sobre la existencia de los mismos. En algunas jurisdicciones se hizo obligatorio a través de leyes locales¹⁰⁰.

99 Provincia de Buenos Aires y Provincia de Santa Fe.

100 La Provincia del Chaco por Ley 6212 modifica el Código de Procedimientos y establece la obligatoriedad de los jueces de solicitar informes al Registro de actos de autoprotección dependiente del Colegio Notarial al iniciar todo proceso de incapacidad y que se tome en cuenta todo lo establecido anticipadamente sobre la dirección de su persona y sus bienes en directivas anticipadas de autoprotección. Actualmente y a través de la Ley 14.154 de la Provincia de Buenos Aires se obtuvo reconocimiento legislativo al Registro creado en el Colegio de Escribanos a través de su incorporación en la Ley 9020 orgánica del Notariado Bonaerense y por Ley 14.334 se

Los registros a cargo del notariado son los únicos registros creados para dar publicidad a directivas anticipadas.

Para temas de salud las directivas anticipadas están expresamente reconocidas por la Ley 26.529¹⁰¹ modificada por Ley 26.742¹⁰², conocida como ley de "muerte digna".

Con la sanción y entrada en vigencia del CCCN por primera vez, se reciben en el derecho civil los derechos de la personalidad, derechos subjetivos o derechos humanos, reconocidos en la Constitución Nacional, en especial luego de la reforma de 1994 en que se incorporan como derecho interno los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Civil consagra la dignidad de todo ser humano, dándole máxima importancia a su libertad, su autonomía y su autodeterminación y la posibilidad de proyectar su propio plan de vida.

Si bien el CCCN no establece expresamente los actos de autoprotección, ni con dicho nombre, ni con el amplio contenido que venía consagrando la doctrina notarial, lo cierto es que el nuevo ordenamiento recepta especialmente los derechos personalísimos del ser humano por primera vez con una amplia regulación en la legislación civil. La expresión de la voluntad cobra un valor fundamental, ya que recién en su defecto, en forma supletoria, corresponderá la decisión por otros familiares, las directivas anticipadas son una ultraactividad del ejercicio de la autonomía y del poder tomar sus propias decisiones.

Se consagran en el texto legal: los derechos del paciente, el consentimiento informado, las directivas anticipadas de salud, los poderes preventivos arts. 59 y 60, las exequias art. 61, el nombramiento de curador (arts. 60 y 139 CCCN).

"El acto de autoprotección, es el acto en que una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo

modifica el Código de Procedimientos obligando a los Juzgados que intervengan en juicio de insania (hoy juicios de determinación de la capacidad) a solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección. En otras provincias se solicita voluntariamente por los Juzgados tal información.

101 Promulgada el 19 de noviembre de 2009.

102 Publicada en B.O. el 24 de mayo de 2012.

prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria. Estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art. 93 CCCN). Entre los intereses resultan primordiales, pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud¹⁰³. A las que nos abocaremos en el punto siguiente.

Los actos de autoprotección podrán versar sobre uno o todos estos aspectos, según las necesidades de cada caso y seguramente podrán acompañar a muchas de nuestras incumbencias habituales, poderes, testamentos, donaciones, fideicomisos, rentas vitalicias, etc. Y pueden ser otorgados por personas jóvenes o ancianas, sanas o enfermas, en tanto se comprenda que la vulnerabilidad y la discapacidad, es una posibilidad latente en la vida de todo ser humano.

Todo ello en el marco del respeto de su identidad dinámica, que va a incluir sus ideas, sus creencias, sus sentimientos (que llevan a respetar desde las elecciones alimentarias, sexuales, opciones de familia) su religión, su bagaje cultural y su proyecto de vida hasta el destino del cadáver. A más derechos corresponden más responsabilidades. Y en relación a la justificación de la ética personalista para las directivas anticipadas o actos de autoprotección responden no sólo a un ejercicio individualista de la libertad, sino también a un principio de solidaridad y responsabilidad social en tanto alivian a otros, familias, jueces, médicos, cuando tienen que tomar difíciles decisiones por otros y además redundan en beneficios de la sociedad toda, ya que pueden ahorrar recursos médicos y judiciales.

Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes, sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, consentimientos informados actuales y directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección (unilaterales) y convenios reguladores de derechos extrapatrimoniales y testamentos que expresen derechos personalísimos con vigencia *post mortem*.

103 Taiana de Brandi, Nelly Alicia. *El derecho de Autoprotección y la eutanasia. El mensaje del Papa Francisco del 17 de noviembre de 2017*. Doctrina 25/1/2018.

Con el conocimiento de la existencia de una escritura de un acto de autoprotección, el juez tendrá un valioso instrumento, que garantice que la parte vulnerable sea escuchada.

De tal modo, pueden constituir los usos, prácticas y costumbres, que junto con las leyes y los principios regulen tales materias.

En estas escrituras es aconsejable que el disponente se exprese en forma directa y que el notario recoja en su texto las expresiones del otorgante en primera persona. A su vez la misión del notario es invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez que deba intervenir, para alumbrar un acto único, a la medida de la persona y sus circunstancias (situación de vulnerabilidad), como única es la persona que lo requiere.

La intervención notarial es una salvaguarda contra influencias indebidas (temor reverencial, influencia psicológica o discurso captado). También la registración es una salvaguarda para poder obtener el conocimiento efectivo de los deseos de la persona y la vigencia de los mismos.

1.1. Contenidos de los actos de autoprotección

1.1.1. Directivas relacionadas a la salud

Como ya dijéramos, uno de los contenidos de un acto de autoprotección pueden ser directivas relacionadas con la salud. Son las más reconocidas en nuestro país por la doctrina, legislación y jurisprudencia. Aunque no son todavía masivamente otorgadas, son bien conocidas por los operadores jurídicos y están a disposición de los otorgantes en gran parte merced a la labor doctrinaria del notariado.

A partir de la reforma del CCCN que reconoce los derechos personalísimos. Tiene protección integral el cuerpo humano desde la concepción hasta la muerte, incluido el cadáver. Nadie puede ser agredido físicamente. Nadie puede ser sometido a un tratamiento o análisis médico o a una investigación experimental sin su consentimiento o contra su voluntad.

"La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral"^{104 105}.

Antes del año 1994 el derecho a la vida y a la salud eran considerados derechos implícitos en el art. 33 de la CN. No existía una referencia específica o enunciación concreta de estos derechos en nuestra Carta Magna.

Luego, con la Reforma Constitucional de 1994, el derecho a la salud se incorpora de manera expresa en nuestra Carta Magna (arts. 42 y 43 C.N. -respecto de las relaciones de consumo-, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales introducido a la C.N. mediante el art. 75 inc. 22, entre otras normas).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General N° 14 (2000) sostiene "...el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Lo ha definido como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional".

104 Del fallo de la CIDH en la primera sentencia en que lo reconoce expresamente el derecho a la salud. Poblete Vilches y familiares vs. Chile del 8 de marzo de 2018. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

105 Dicho párrafo a su vez es una reproducción de los contenidos vertidos por Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General N° 14 (2000).

Las distintas convenciones internacionales y leyes nacionales refuerzan las obligaciones relacionadas con el derecho de salud de las personas vulnerables: los niños¹⁰⁶, las personas con discapacidad¹⁰⁷, los migrantes¹⁰⁸, las personas mayores¹⁰⁹. Los pacientes tienen derechos de asistencia, los profesionales tienen deberes que surgen del ordenamiento jurídico y el Estado tiene la obligación de prestarlos y garantizarlos. Los pacientes deberán ser tratados con un trato digno y respetuoso, de sus creencias, de su intimidad y de sus sentimientos. A su vez deben respetarse la confidencialidad y el secreto profesional. En los últimos años se ha producido un notable avance en el reconocimiento y tutela del derecho a la salud, que es un derecho humano y personalísimo y un notorio progreso en el derecho a la autodeterminación en cuestiones de salud¹¹⁰.

Ante el progreso de la autonomía y de los derechos personalísimos se da un proceso de reconocimiento de derechos-deberes, en que es indispensable el recibir información sanitaria clara y precisa a nivel de comprensión del paciente, otorgar el consentimiento informado y tomar sus propias decisiones en temas de salud y las directivas anticipadas para realizar las decisiones personalísimas de cada paciente, en caso de no poder expresarlas personalmente.

Las directivas anticipadas en las convenciones e instrumentos de derechos humanos

El primer instrumento internacional sobre la materia con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscribieron fue el Convenio de Bioética relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado por los países de la Unión Europea en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997. En el artículo 9 de este Convenio se establece que "serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad". Además encontramos la convención europea de bioé-

106 Convención de los derechos del niño. Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Decreto reglamentario 415/2006.

107 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26.378, art. 25.

108 Ley 25.871, art. 8.

109 Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores. Arts. 11 y 12.

110 Tanzi, Silvia y Papillu, Juan M. "Los derechos del paciente y el consentimiento informado". Publicado en: SJA 10/09/2014, 10/09/2014, 20 - Cita Online: AP/DOC/1274/2014.

tica de 2002. También la recomendación de la Asamblea Parlamentaria Europea de 1999 y del Comité de Ministros (2009) sobre los principios relativos a los poderes de futura protección y directivas anticipadas por incapacidad. El Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros que promovieran estas prácticas y definió un número de principios para asistir a los Estados al momento de implementar y garantizar que sean respetados en especial al final de la vida.

En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 13 de enero de 2000, se suscribió la Convención sobre Protección Internacional del Adulto (califica en esta categoría toda persona mayor de 18 años), cuyo objetivo fue contemplar sus situaciones de cuidado. De igual manera se prevé la posibilidad que el individuo, cuando aún está en pleno uso de sus atribuciones mentales, organice su propia protección para una futura y eventual incapacidad.

La convención Interamericana de Derechos Humanos de las personas mayores de 2015 en el artículo 11 último párrafo establece: "La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada y dar instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, **a través de instrumentos jurídicamente vinculantes**, de conformidad con la legislación nacional".

La situación en Argentina. Legislación aplicable

El respeto de la libertad individual en materia de salud se recoge en la jurisprudencia, y por la doctrina hasta su reconocimiento legal.

La Ley 26.529 recogió los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, fue modificada por la Ley 26.742 en 2012, llamada de

muerte digna. Y su decreto reglamentario 1089/2012. También en la Ley de salud mental 26.657 de 2010.

En ellas se fijaron los derechos de información de los pacientes, de asistencia sin discriminación, de consentimiento informado y las directivas anticipadas de salud.

La ley resguarda la intimidad del paciente por cuanto la información sanitaria sólo puede ser brindada a terceras personas con autorización del paciente (art. 4 Ley 26.529). También tiene derecho a no recibir información, sin dar explicaciones al respecto, a recibir una segunda opinión médica y a obtener su historia clínica.

El CCCN también las estableció (arts. 59 y 60) aunque siguieron vigentes dichas leyes especiales.

Además en nuestro país de organización federal, se dictaron leyes provinciales de directivas anticipadas de salud¹¹¹.

El CCCN recoge el consentimiento informado en el art. 59. Es la declaración de voluntad expresada por el paciente en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento médico e investigaciones en salud luego de que fuera informado en forma clara y precisa y adecuada a su comprensión, su estado de salud, tratamiento propuesto, las consecuencias positivas o adversas del tratamiento indicado o no realizarlo y sus alternativas.

También enumera a las personas llamados a suplirlo en caso de no poder otorgarlo y no lo haya establecido en una directiva anticipada.

El consentimiento debe ser por escrito para internación, intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos. Y solo puede obviarse en caso de emergencia.

111 Como por ejemplo; Neuquén 2611, Río Negro 4263 y 4264, Chaco 6212, Chubut Ley III 34, Córdoba 10058, Ciudad de Buenos Aires 3933 (reforma 404), Provincia de Buenos Aires leyes 14.154, 14.334 y 14.464. En este tema cabe mencionar especialmente las leyes de la Provincia de Buenos Aires 14.154 (reconocimiento legal del Registro a través de su incorporación a la Ley 9020) 2010 y 14.334, que modifica el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. A través de los arts. 619 bis y modificación del 814. Y la Ley 14.464 que establece procedimiento judicial gratuito ante Juzgado de Paz para otorgar directivas anticipadas de salud.

La suscripción de formularios preimpresos en los que se consigna que el paciente ha recibido información clara y detallada de su estado de salud y procedimientos médicos propuestos, con la especificación de que la ha comprendido, no es idónea por sí misma para resguardar el derecho del paciente a la libertad y autodeterminación, si ello no va acompañado de un compromiso real de respeto por los derechos del paciente. Por el contrario, tales prácticas tienden al resguardo de la responsabilidad de los profesionales más que al respeto del paciente. Por eso es tan importante la actuación notarial para redactar instrumentos a la medida de las decisiones autorreferentes, que recojan la voluntad y los deseos y las preferencias de cada paciente.

El consentimiento informado y las directivas de salud son como derechos personalísimos esencialmente revocables en todo momento y en cualquier forma, incluso verbalmente.

El CCCN en su art. 60 define la directiva anticipada: "Es una declaración de voluntad efectuada por una persona en previsión de una eventual pérdida del discernimiento que no le permita expresar personalmente su voluntad, mediante la cual manifiesta la forma que quiere ser tratado y directivas para la toma de decisiones vinculadas a su salud".

Deben ser otorgadas por persona "plenamente capaz" art. 60 CCCN y el art. 11 Ley 26.529 (establece que debe ser mayor y capaz).

También introduce el concepto de "muerte digna"¹¹² en estos términos: "En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en un estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación o reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo en este estadio terminal e irreversible". En el claro sentido de evitar lo que se da en llamar "encarnizamiento terapéutico" e impedir tratamientos fútiles.

112 Art. 59 inc. G del CCCN.

Y también se asegura el derecho a recibir cuidados paliativos¹¹³: todas aquellas medidas tendientes a asegurar la calidad de vida, el bienestar y el alivio del dolor físico y psicológico.

Y finalmente el referido art. 59 CCCN establece que las prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Entonces en nuestro medio **las directivas anticipadas de salud, o acto de autoprotección con un contenido de salud**: puede incluir consentimiento informado para determinado acto, negativa a determinado tratamiento, tenga o no relación con la muerte, postura respecto a la recepción o no de determinado tratamiento, solicitud de aplicar una muerte digna o medicamentos paliativos del dolor, aunque pudieren acelerar el proceso de muerte. Aceptar todo tipo de tratamiento que prolongue la vida, sea tradicional, experimental o alternativo. Aceptación y dación de órganos. Quiera o no conocer más sobre su enfermedad, también medidas tendientes a la confidencialidad e intimidad de cómo transitar la enfermedad, lugares de internación, obra social, personas designadas para recibir información, o visitas, y tomar decisiones en representación del enfermo. Y toda otra preocupación que haga a la salud del otorgante.

Además, se permiten las tres vertientes reconocidas por el derecho norteamericano¹¹⁴: Las directivas anticipadas propiamente dichas, por las que el interesado mismo da indicaciones sobre las decisiones a tomar ante una enfermedad que no le permite expresarse. En este tipo, algunas definiciones hacen expresa referencia a instrucciones sobre "actitudes y acciones de buena práctica médica (no alargar la vida innecesariamente, no utilizar medidas desproporcionadas, etc.). 2. El llamado mandato sanitario, en italiano "procura sanitaria", en inglés, "durable Powers of attorney"; "designation of patient advocate for health care", que implica la designación de un representante, un *agent attor-*

113 Art. 59 inc. H del CCCN.

114 En Estados Unidos, país pionero en la materia las *Advanced Directive* surgieron en 1967 cuando Luis Kutner, un abogado de Chicago, redactó el primer documento sobre el tema. Luego en 1976, la *Natural Death Act* de California dio forma a lo que hoy se conoce como "testamentos vitales", ampliándose los alcances del concepto a partir de la aprobación de la Ley de Autodeterminación del Paciente en 1991. En ese país, las directivas anticipadas comprenden dos documentos, el denominado *living will* -testamento vital- y el *health care proxy* -poder médico poder para el cuidado de la salud-, que se otorga a un representante. Fue así el derecho anglosajón el primero en admitir "la voluntad personal del cómo vivir", instaurando los gérmenes de la autonomía dirigida hacia el futuro.

ney in fact, proxy, o surrogate, o persona autorizada para decidir en momentos en que una enfermedad le impida hacerlo por sí mismo. Obviamente, ese representante puede aceptar o no el mandato conferido. O una combinación de ambas figuras anteriores¹¹⁵. La Directiva de salud puede contener nombramiento de apoderado o interlocutor válido ante los equipos médicos o continuación de los apoderamientos para otorgar consentimientos informados. Además, también la exclusión de determinados familiares para dar consentimientos informados o tomar decisiones. Si el apoderado, también comparece y acepta en cambio de un acto unilateral, estaremos ante una verdadera estipulación. Es una alternativa interesante, la combinación de directivas más apoderamiento ya que el avance tecnológico puede permitir nuevas opciones de tratamiento inexistente a la época del tratamiento. En nuestro país no existen plazo de vigencia para las directivas de salud, como se estila en derecho comparado.

En cuanto a la forma el art. 11 de la Ley 26.529 modificado por la Ley 26.742 y su decreto reglamentario 1089/2012 establecen que deben ser realizadas en un instrumento público ante un notario o juez de primera instancia y con la presencia de dos testigos.

Las directivas anticipadas de salud, son derechos personalísimos y datos protegidos de los requirentes, se incluyen dentro del secreto profesional y merecen más sigilo que otras actuaciones notariales, siempre teniendo en cuenta que son derechos personalísimos que el requirente **decide expresar por su interés personal**. El carácter de datos sensibles de acuerdo a la Ley de protección de datos personales 25.326 merece que sean maximizados los cuidados tratando de cumplir la voluntad de la persona, pero también evitar todo daño por obtención de datos de más o infidencia de los dependientes. La registración debe tener el carácter reservado, se conocerá la existencia y no el contenido. Sólo si el otorgante autoriza expresamente a través de su consentimiento podrán ser publicitadas en los registros respectivos, todo ello en cumplimiento de las normativas nacionales e internacionales en cuanto al documento notarial y su registración¹¹⁶. También puede autorizar a la persona o personas, que pueden consultar este registro, que en

115 Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas". Fecha: 1-sep-2007. Cita: MJ-DOC-4587-AR | MJD4587 Producto: SYD.

116 Reglamento Europeo de protección de datos 2016. En nuestro país, art. 43 de la CN y Ley 25.326 del 2000 y proyecto de Ley de protección de datos personales.

principio es reservado al otorgante o juzgados intervinientes, o al cuerpo médico que esté atendiendo la salud del otorgante.

Jurisprudencia nacional e internacional

Las directivas anticipadas tuvieron favorable acogida a través del "leading case" argentino, incluso antes del reconocimiento legal en el caso "M" del 25 de julio de 2005¹¹⁷, en el que fueron recogidas, por primera vez, como válidas, las decisiones que realizaba una persona que padecía una enfermedad neurodegenerativa, sobre negativa a tratamientos médicos, y la solicitud de una muerte digna, expresadas en una escritura pública.

También la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en forma favorable en dos antecedentes sobre las directivas anticipadas de los seguidores del culto de Testigos de Jehová, que no aceptan transfusiones de sangre¹¹⁸.

Y en el caso de M.D¹¹⁹ del 7 de julio de 2015 sobre interpretación de la voluntad presunta de un enfermo (un joven que tuvo un accidente de moto y permaneció 19 años en estado vegetativo o de conciencia mínima) y la posibilidad de interrumpir la asistencia mecánica de respiración y alimentación, en atención a una muerte digna.

La CIDH en el caso I.V. vs. Bolivia establece pautas sobre la autonomía de la persona y la necesidad del consentimiento informado y la importancia de la salud sexual y reproductiva en el plan de vida de una persona. En especial de las mujeres y su poder de decisión en relación a tener o no hijos, cuántos tener, etc.¹²⁰.

La CIDH en el caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala¹²¹ condena al Estado por la violación a la integridad física y derecho a la vida, por no brindar asistencia de salud a una persona enferma, que luego deviene discapacitada y doblemente vulnerable por su condición de detenida, por lo que tales cuidados estaban a cargo del Estado.

117 Juzg. de garantía N° 4 de Mar del Plata 25/7/2005.

118 CSJN Bahamondez, Marcelo LL 1993-D- 130; "Albarracini Nieves" de la CSJN, DFyP 2012 (agosto), 205.

119 CSJ 376/2013 49-D/CS1.- D, M.A. s/ declaración de incapacidad.

120 Sentencia del 30 de noviembre de 2016. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

121 Sentencia del 29 de febrero de 2016 en www.cidh.org

La CIDH en el reciente caso Poblete Vilches vs. Chile¹²² por primera vez reconoció el derecho a la salud sin discriminación de un adulto mayor y condena al Estado por no haber obtenido consentimiento informado para una operación, además de falta de información, desatención y retaceo de los recursos.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el controvertido caso Lambert¹²³, que representa los dilemas para restringir la alimentación e hidratación en personas en estado vegetativo y de conciencia mínima, que puede no ser enfermedad terminal y la importancia para estos casos de contar con la voluntad del paciente. "Concluyó que el Estado había cumplido con las normativas al respecto. Cada Estado tiene un nivel de apreciación en relación al art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación al Derecho a la vida y protección de los derechos de autonomía de los pacientes.

La Corte considera que en esta esfera que hace a la extinción de la vida, como en aquella que concierne al comienzo de la vida, debe otorgarse a los Estados un cierto margen de apreciación, no solo en la determinación de si ha de permitirse o no el retiro de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y en las disposiciones que regulan en forma pormenorizada el procedimiento a seguir en ese caso, sino también en lo que hace a la manera de encontrar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la protección de su derecho al respeto a su vida privada y su autonomía personal. No obstante, este margen de apreciación no es ilimitado, y la Corte se reserva la facultad de examinar si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones previstas en el art. 2.

Además realiza la aclaración de que si hubiera una directiva anticipada del Señor Lambert, ella se hubiera acatado sin discusión".

Decisiones bioéticas referidas al final de la vida y derecho comparado

La decisión de quitar la alimentación y la hidratación constituye uno de los tópicos más debatidos en bioética en el final de la vida. Mientras que algunos consideran que se trata de tratamientos desproporcionados y extraordinarios que prolongan artificialmente la vida, la postura personalista entiende que se trata de cuidados ordinarios, debidos a todo ser humano y que quitar

122 Sentencia del 8 de marzo de 2018

123 El 5 de junio de 2015, en el caso "Lambert y otros v. Francia" (application no. 46043/14).

la alimentación y la hidratación conduciría a una muerte por inanición y deshidratación violatoria del derecho a la vida.

La extensión de la protección corresponde al nivel de apreciación soberano de cada Estado, como lo ha reconocido el TEDH¹²⁴. Así solamente cinco países en el mundo admiten la eutanasia: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Canadá y Colombia. El suicidio asistido es legal en Suiza, Alemania, Japón, Canadá y en los estados norteamericanos de Washington, Oregón, Colorado, Vermont, Montana, Washington D. C. y California.

En América Latina solamente Colombia ha admitido la eutanasia.

En nuestro país sólo se admite la llamada "muerte digna", evitar el encarnizamiento terapéutico y se tendrán por no escritas las prácticas eutanásicas. La mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la eutanasia, aunque las conclusiones del reciente Congreso Internacional del Derecho de las familias, Mendoza 9 y 10 de agosto de 2018, manifestaron que la eutanasia y el suicidio asistido pueden considerarse incluidos en el art. 19 de nuestra C.N. en la autonomía de los pacientes¹²⁵.

Ante este panorama mundial podría presentarse al notario un caso de autoprotección con competencia internacional¹²⁶, por ejemplo, si alguien se halla circunstancialmente en nuestro país, de nacionalidad italiana, pero tiene su residencia habitual en Bélgica. Tres países con diferente regulación en la materia.

El requirente podría otorgar un acto de autoprotección en nuestro país, pero no es tan clara la extensión del contenido posible. Aquí comienzan a jugar las reglas del derecho internacional privado, no existen tratados internacionales sobre el tema, en principio se aplica el estatuto personal: la capacidad, se rige por la regla del domicilio o residencia habitual. Igualmente podrá otorgar el acto ya que su opinión siempre podrá ser recogida

124 Caso Lambert, Vincent y Familiares vs. Francia. 5 de junio de 2015. Ya citado.

125 Congreso Internacional del Derecho de las familias, niñez y Adolescencia. Mendoza 2018. Conclusiones de la Comisión II Bioética y Familias. En www.congresoderechofamiliasmendoza.com.

126 Vizcarra, Rodolfo. "Diálogos sobre el acto de autoprotección Internacional", Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, segunda circunscripción, revista N° 13, Año IX, pág. 113, Astrea, 2018. En el mismo, el autor analiza el tema, los principios de derecho internacional privado aplicables, el derecho comparado y hasta presenta un modelo de escritura.

notarialmente independientemente del valor vinculante que pueda tener en el país donde ha de ser aplicada.

Las voluntades anticipadas son, sin duda, una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de los pacientes y su vigencia aun ante la falta de discernimiento está reconocida internacionalmente.

Desde la década de los años setenta, la figura también ha tenido fuerte crecimiento en Canadá, Inglaterra, Alemania, y Suiza. Tienen leyes: Finlandia, Holanda, Reino Unido, Francia. En Japón, donde los documentos de voluntad anticipada comenzaron en el año 1984, no menos del 95.5% de los médicos los ha recibido, al menos una vez.

En cambio, en América Latina, en general, si bien cuentan con leyes Chile, Uruguay, Perú y México, son de reciente data y no tienen una difusión significativa en cuanto a la cantidad de otorgamientos. En nuestro país si bien tienen recepción doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, podríamos decir que se encuentran en un proceso incipiente de reconocimiento, faltando educación y difusión en la materia.

Menores de edad

Un párrafo especial merece la situación de los niños niñas y adolescentes, personas vulnerables por definición y sometidas a la representación de sus padres en ejercicio de la responsabilidad parental y o en su defecto por tutores que se les nombren.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061, en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que versen sobre su vida o salud. Se reconoce al niño, niña o adolescente, como un ser autónomo y libre para elegir sobre su propia vida o salud, en definitiva, sobre su propio proyecto existencial.

Ello es acorde con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño que en su art. 12 establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

El art. 26 del CCCN establece: "...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."

Alguna parte de la doctrina entiende que los menores de edad no pueden otorgar directivas anticipadas vinculantes.

Nadie puede negar que tienen derecho a expresar su opinión válidamente ante un notario. Igualmente numerosos congresos¹²⁷ y jornadas se han expresado en el sentido de otorgarles tal derecho al otorgamiento de directivas anticipadas de salud con carácter plenamente vinculante e inclusive está incluido en el anteproyecto de reformas¹²⁸ del CCCN.

Personas con capacidad restringida

En principio conservan sus derechos personalísimos para otorgar consentimiento informado y directivas de salud, al menos que sea uno de los actos restringidos en la sentencia de determinación de la capacidad.

127 Conclusiones del tema 2. Congreso Internacional de Derechos de las Familias Niñez y adolescencia. Mendoza, 9 y 10 de agosto de 2018. Conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 2016.

128 Anteproyecto de reformas del CCCN elaborado por la comisión ad honorem nombrada por decreto 182/2018 presentada en septiembre de 2018.

Consentimiento informado para el caso de TRHA protocolización arts. 560 y 561^{129 130 131}

Otra novedad que incluye el CCCN es la incorporación de las técnicas humanas de reproducción como una nueva fuente de la filiación, conjuntamente con la filiación por naturaleza y por adopción. Parte de la doctrina entiende que la fuente de la filiación es la VOLUNTAD PROCREACIONAL.

Se incorpora este nuevo concepto "la voluntad procreacional" que no es más que la decisión de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material utilizado. El CCCN la consagra de esta forma "Los nacidos por las TRHA son hijos de quién dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su **consentimiento previo, informado y libre** en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Son inadmisibles las acciones de filiación: impugnación o reclamación por o contra quién prestó el consentimiento previo, informado y libre del art. 561 del CCCN.

El consentimiento prestado en el centro médico (documento sanitario) debe ser protocolizado ante escribano público o reconocido ante autoridad sanitaria e inscripto en el correspondiente Registro Civil, luego del nacimiento del niño, apuntando así a brindar seguridad jurídica y mayores garantías a los usuarios de estas técnicas, los así nacidos y los terceros. Sólo reunidos todos esos requisitos, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento será fuente determinante de la filiación.

En nuestro país entonces se consagró una nueva incumbencia notarial la protocolización del consentimiento informado ante Escribano Público. También podría expresarse dicho consentimiento a través de una escritura pública,

129 *Código Civil y Comercial* notarialmente comentado. Clusellas, Eduardo Gabriel (Coord.), Tomo II, comentarios a los arts. 560 y 561, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.

130 Spina; Marcela Viviana. "Las Técnicas de Fecundación Humana Asistida como fuente de la Filiación. Una nueva incumbencia cercana a la bioética". Presentado en Tema V.- Personas Humanas, en la 39 Jornada Notarial Bonaerense.

131 Zito Fontán, Otilia; Spina, Marcela V. "Algo más sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El caso de la gestación por subrogación". En Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 982. Sep-Dic 2016, pág. 657, La Plata, 2016.

con sus ventajas de asesoramiento, fe pública y seguridad, guarda y conservación. El contenido puede ser más amplio que el mero consentimiento informado e incluir las decisiones bioéticas de la persona en relación a las técnicas a aplicar. Dicha intervención notarial otorga seguridad jurídica al emplazamiento filial y preserva los derechos de identidad de los niños nacidos por TRHA.

El tema de las técnicas de reproducción humana asistida es un tema de bioética y salud pública y cada Estado regulará la amplitud con que las admitirá. Las personas que padecen infertilidad son personas vulnerables y han sido consideradas en la doctrina de la CIDH como personas con discapacidad en "Artavia Murillo vs. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012 y en su seguimiento, donde establece que es una especie de incapacidad indirecta la imposibilidad de tener hijos y la posibilidad de acceder a los métodos de fertilización, como un derecho fundamental¹³².

En nuestro país la aceptación de las técnicas es bastante amplia no incluyéndose la gestación por subrogación¹³³ y la fertilización *post mortem*¹³⁴, quedando en una posición abstencionista al no estar regulado que admitió planteos judiciales con favorable acogida.

132 La CIDH "Calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como "discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia". Que en la misma están involucrados los derechos a la intimidad personal, a formar una familia, al deseo de reproducirse y gozar los beneficios científicos, finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador". En sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica. <https://www.corteidh.or.cr/>.

133 Existen más de 20 fallos que de una u otra forma la admiten. Juzg. Fam. Nro 1 Mendoza. 15/12/15. C.M.E y J.M.R s/ inscripción de nacimiento. AR/Jur/58729/2015. Juzg. Fam. N° 9 Bariloche 29/12/2015, Dato reservado. AR/JUR/78613/2015. Juzg. Fam. N° 7 Lomas de Zamora 30/12/2015- H-M-y otro s/ medida precautoria del art. 232 CPCC AR/JUR/78614/2015. Juzg. Nac. Civil N° 7. 15/06/2016 A.R.C y otros c C.M.J s/ impugnación de filiación. Inédito. Juzg. Nac Civ. N° 4. 30/06/2016. S.T.A. y otro s/ Inscripción de Nacimiento. Inédito.

134 ST Río Negro. M.J.A s/ autorización judicial s/ Casación. 26/2/2818. M.J.A s/ autorización. 27/02/2018. S.T.J. Río Negro. Tomo I Sent. 5 15/30 T. Familia N° 3. Morón 21/11/11. "G.A.P" RDF, 2012-III-119, con nota de La Torre Nadia. Se admitió la utilización *post mortem*. El fallecido había dado su consentimiento y no lo revocó durante su enfermedad. Expte. 61878/2013 - "N. O. C. P. s/Autorización". Juzgado Nacional Civil N° 87 - 05/05/2016 (Sentencia firme)

Respecto de las TRHA utilizadas *post mortem* habría que reflexionar si es lo mismo continuar un tratamiento ya iniciado con embriones crioconservados que extraer material cadavérico. La única posibilidad de poder realizar una extracción o inseminación *post mortem* o post incapacidad o incompetencia es que la misma haya sido incluida en una directiva anticipada o testamento donde se haya ejercido expresamente dicho **derecho personalísimo**, otorgar un consentimiento informado que implique la voluntad procreacional.

El tema que nos ocupa es una nueva incumbencia para el notariado argentino que, como asesor privilegiado en problemáticas de derecho de familia, puede colaborar en la redacción imparcial y con el plus de fe pública y seguridad jurídica, en consentimientos informados y convenios o directivas anticipadas relacionadas con TRHA, los cuales incluyen derechos personalísimos, decisiones autorreferentes involucradas en el plan de vida de las personas.

El temática está en pleno debate en los ámbitos judiciales, legislativos¹³⁵ y doctrinarios, siendo los casos más controvertidos: gestación por subrogación, TRHA *post mortem*, técnicas caseras y triple filiación; también fue tratado en la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense. Mar del Plata, noviembre 2015; la XXXII Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires, agosto 2016; el Congreso Internacional de Derecho de familias, niñez y adolescencia. Mendoza, agosto 2018, y debe continuar siendo de interés y estudio por el Notariado.

I.1.2. Exequias

En el respeto de la dignidad de la persona humana el CCCN incluyó a las decisiones sobre las exequias y destino del cadáver, pudiendo decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver y dar todo o parte con fines científicos o terapéuticos¹³⁶.

135 Existen varios proyectos legislativos en Argentina, de regulación integral de las TRH, con fecha 31 de agosto de 2016, se ha presentado un nuevo proyecto legislativo que trata exclusivamente sobre gestación por subrogación. 5759-D-2016 (31/08/2016), en cuya elaboración intervinieron investigadores del CONICET.

136 El art. 61 establece: La persona plenamente capaz puede manifestar su voluntad, por cualquier forma, y decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver, dar todo o parte del cadáver con fines científicos o terapéuticos.

Si no ha sido otorgada o presumida, la decisión corresponde al cónyuge, conviviente o parientes según el orden sucesorio, que no pueden dar al cadáver un destino diferente del que hubiere dado el difunto.

En cuanto a las decisiones personalísimas o autorreferentes sobre exequias o destino del cadáver no existe formalidad prevista, podrán integrar distintos tipos de documentos notariales, uno específico para expresar estas decisiones o estar incluidas en un acto de autoprotección o en un testamento.

I.1.3. Directivas en previsión de la propia incapacidad. Designación de curador o apoyo. Poderes preventivos

Enrolados en el nuevo paradigma de la discapacidad desde los derechos humanos, la necesidad de apoyo para el ejercicio de los derechos fundamentales, y la obligación de migrar de sistemas de sustitución de la voluntad a sistemas de toma de decisiones con apoyo, se impone preguntarnos qué es un "apoyo". Según la Relatora Especial de la ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad, "Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad. El apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica; y los servicios comunitarios. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios. Para la mayoría de las personas con discapacidad, el acceso a un apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas"¹³⁷.

137 Informe de la Relatora Especial para los Derechos de las personas con discapacidad Catalina Devandas Aguilar a la 34 Asamblea General 2017. En A/HRC/34/58

La relatora concluye que las personas tienen que tener "elección" y "control directo" de, como y quiénes serán sus "apoyos" y como controlar los "apoyos" y también poder cambiarlos. Los Estados deben garantizar esta posibilidad de elección¹³⁸.

Uno de los contenidos posibles de un acto de autoprotección es la elección de una o más personas de "su confianza" y de su "preferencia", para ejercer en caso de ser necesario, la función de apoyo y/o curador. O la exclusión de determinada persona para ejercer ese cargo y la expresión de sus motivos. Ya sea que este apoyo sea de una persona física de su confianza, de asistencia domiciliaria, de alguna institución pública o de servicios que preste el Estado.

También es viable para cuando no haya otra opción que el inicio de los procesos judiciales de determinación de la capacidad, o para el diseño de las redes de apoyo informales que podrán colaborar con la persona en la toma de decisiones, sin necesidad de iniciar un proceso judicial. Y las formas previstas de supervisión de dichos apoyos, como el ejercido por otras personas de su confianza o instituciones, obligaciones de rendir cuentas, o toda otra alternativa prevista en la directiva anticipada.

Esta posibilidad de designación de apoyo o del propio curador era un reclamo a voces de la doctrina nacional, en especial de la doctrina notarial argentina durante la vigencia del Código Civil anterior, que no preveía esta alternativa, y establecía una lista tasada de los parientes más cercanos a la persona con discapacidad, llamados a ejercer el rol de "curador" como la máxima expresión del sistema normativo de sustitución de la voluntad, con prescindencia de la voluntad del causante. Sin embargo, no había normas que prohibieran la designación del curador en previsión de la propia discapacidad; el notariado

138 Del informe de la Relatora de DPD ob. cit. Los Estados deben diseñar arreglos y servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa. A menudo, los servicios existentes incumplen esta norma. En muchos casos, las decisiones de los interesados pueden ser ignoradas por los profesionales y los familiares. Los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo: quién lo presta y cómo lo hace, y si el apoyo se proporciona a través de servicios específicos para personas con discapacidad o de los servicios dirigidos al público en general. La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos.

ya promovía y afirmaba la posibilidad de su nombramiento en una directiva anticipada o en un acto de autoprotección.

Con las modificaciones del régimen de capacidad jurídica incluidas en el nuevo CCCN, la capacidad se presume y sólo podrá restringirse en los casos previstos por la ley y por una sentencia judicial. La reforma tiene por objetivo cumplir la manda convencional de adaptar el sistema de capacidad jurídica a los principios emanados de la CDPD, en el sentido de abandonar los sistemas de sustitución de la voluntad por el de toma de decisiones con apoyo, siempre entendiendo que el ejercicio de la capacidad jurídica es un derecho humano.

El nuevo régimen establece: El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el ejercicio de la capacidad pueda resultar daño a su persona o sus bienes.

En relación a los actos restringidos debe nombrar "los apoyos" en función de las necesidades y circunstancia de la persona. Los apoyos deben promover la autonomía y favorecer la decisión que corresponda a las preferencias, voluntad y deseo de la persona protegida¹³⁹.

En nuestro sistema, ante la declaración de capacidad restringida y de inhabilitación por prodigalidad se designa un asistente que es llamado "apoyo" y quedando sólo la denominación de CURADOR, para el caso excepcional de la declaración de incapacidad¹⁴⁰. Los apoyos y curadores deben ser designados en la sentencia judicial.

139 Fallo MCE s/ restricción de la capacidad. 23/3/2016. Cámara Nacional en lo Civil. Sala H. Restringir la capacidad del Sr. E. M. C. titular de D.N.I.M., respecto de los actos de disposición de bienes dejándose constancia que para el ejercicio de los mismos requerirá el apoyo intenso de su hermano, Sr. N. H. M. a efectos de asegurar la toma de decisiones en tiempo y forma. Sin perjuicio de ello, arbitrando todos los medios adecuados se deberá -previamente- lograr la comprensión del interesado para conocer su opinión, voluntad y deseos, siempre que ello no genere un perjuicio en la integridad de su patrimonio. Hágase saber al Sr. N. H. M. que firme la presente deberá aceptar el cargo ante la Sra. Secretaria el que le será discernido por acta, comprometiéndose a desempeñarlo conforme a derecho, rendir cuenta de su gestión y denunciar en autos el ingreso de bienes al patrimonio de Celso AR/JUR/9543/2016.

140 Obsérvese la diferencia terminológica, con el sistema proyectado para el Código Civil español, que siempre el "apoyo nombrado judicialmente" es denominado curador.

La declaración de incapacidad y nombramiento de curador es el caso excepcional. "Cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la INCAPACIDAD y nombrar un CURADOR"¹⁴¹.

Coherentemente con lo expuesto, el nuevo CCCN prevé el nombramiento de curador a través de una directiva anticipada¹⁴². Es la "autotutela" del régimen español, adoptada por la Ley 41/2003, mediante la modificación de los arts. 223 y 224 del Código Civil vigente; receptados asimismo en los proyectados arts. 251 y 269¹⁴³.

También los padres pueden nombrar curadores o apoyos para sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y en las formas que pueden nombrar tutor. La forma del nombramiento, por remisión al art 106, es la escritura pública.

"En caso de falta de previsión el Juez puede nombrar al cónyuge no separado, conviviente, hijos, padres o hermanos según quién tenga mayor aptitud. Teniendo en cuenta la idoneidad moral y económica".

141 Art. 32 CCCN último párrafo.

142 Art. 139 CCCN: "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela."

143 Anteproyecto de ley (2018) por el que se reforma la legislación en materia de discapacidad en estudio en el Congreso. Artículo 251. Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante. Artículo 269: Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

El curador del incapaz en principio ejerce la tutela sobre los hijos menores de edad, a menos que el juez decida que la guarda otorgada a un tercero resulte más favorable.

El CCCN adopta el modelo social de la discapacidad y, siguiendo sus lineamientos, define, en el art. 43, a los apoyos como "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".

Respecto al apoyo judicial explicita que sus funciones son 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. Y reconoce que es "al interesado a quien corresponde proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo" poniendo en cabeza del magistrado evaluar los alcances de la designación y debiendo procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida así como establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo.

En el marco de un proceso de restricción a la capacidad el Juez debe designar a uno o más apoyos, quienes cumplirán las funciones que se especifiquen en la sentencia, bajo la pauta legalmente impuesta de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Uno y otro tipo de apoyo -sin y con representación (este último denominado apoyo intenso en la terminología convencional o también apoyo extendido o generalizado)- se complementan y coexisten en numerosos fallos dictados en procesos de restricción a la capacidad en lo que podríamos denominar "sentencias de contenido mixto". La Justicia ha decidido en fallos recientes que el principio general es el "apoyo como asistencia", y en caso excepcional podrá decidir apoyo con representación para determinado acto¹⁴⁴. El Juez no podría apartarse para la designación de la elección o negativa realizada con anterioridad por el otorgante.

La actuación del apoyo y/o curador debe responder al respeto de los derechos, deseos o preferencia de la persona, por más que no esté en condiciones de expresarlo. Para las personas mayores no rige el principio de interés supe-

144 Expte. 5191/2013 - "M B E s/Determinación de la capacidad". CNCIV - SALA I - 09/08/2016 (elDial.com - AA9B58) Con nota de Pagano, María Luz.

rior, sino el de "dignidad del riesgo." Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo¹⁴⁵ ¹⁴⁶. Y si no se pueden conocer los deseos y preferencias habrá que interpretar de todas las formas posible la voluntad para determinar ese criterio,¹⁴⁷ y para esto también puede ser de utilidad las pautas expresadas en un acto de autoprotección y la redacción adecuada del mismo, para tratar de reproducir la "identidad de la persona" como guía de interpretación de los deseos y preferencias.

El sistema establecido en el ordenamiento argentino se complementa con la consulta que deben realizar los juzgados intervinientes en los procesos de determinación de la capacidad, al Registro de Actos de Autoprotección, en forma previa al nombramiento de apoyos o curadores¹⁴⁸. Por lo que el Juez no se podrá apartar de las decisiones tomadas por el otorgante, salvo decisión fundamentada.

El CCCN no se refiere a la posibilidad de excluir a determinada persona para ser apoyo y/o curador, pero de la inteligencia de sus disposiciones y los principios de interpretación también surge que ese podrá ser el contenido de un acto de autoprotección.

145 *Observación General N° 1 sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada el 11 de abril de 2014, por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de Naciones Unidas (en castellano).

146 *Observación General N° 1 sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada el 11 de abril de 2014, por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de Naciones Unidas (en castellano).

147 Del Informe mundial sobre Derecho a decidir. Inclusión Internacional. Universidad de East London. En www.inclusion-international.com

148 Art. 814 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 813. El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución. Lea más: http://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_buenos_aires/814.htm

Los artículos 105, 106 y 138 del CCCN autorizan el nombramiento de una o más personas para ejercer la tutela y la curatela, por lo que se podrá nombrar en una directiva anticipada uno o más personas, con actuación alternada o indistinta o con funciones específicas.

Del juego armónico de los arts. 60 y 139 del CCCN se podrán establecer también poderes preventivos en previsión de la propia incapacidad, conjuntamente con el nombramiento de apoyos y/o posibles curadores, así como instrucciones de cómo transitar períodos de capacidad restringida o incapacidad o falta de discernimiento y procedimientos de control.

El sistema se completa con la posibilidad de otorgar "los poderes preventivos", serán poderes otorgados; teniendo en cuenta la posibilidad de la discapacidad, pueden versar sobre uno o más asuntos, personales o patrimoniales. Su vigencia puede establecerse desde el otorgamiento y que continúe en caso de declaración de restricción de la capacidad o estar sujeta a la condición suspensiva de la restricción de la capacidad del mandante, evaluada en forma precisa.

Estos mandatos específicos en previsión de la futura incapacidad resultan una excepción a la extinción por causa de incapacidad sobreviviente del poder o del mandato (arts. 380 y 1329 CCCN); así lo considera la mayor parte de la doctrina, y surge de conclusiones de Jornadas y congresos; también se prevé en un proyecto de ley¹⁴⁹ y el anteproyecto de reformas del CCCN elaborado en 2018.

Téngase en cuenta que dentro de la competencia material de los notarios argentinos no se encuentra la Jurisdicción voluntaria, pero nada impide que como lo venimos sosteniendo, a través de recaudos y pautas que puedan elaborarse notarialmente, en una aplicación legal y convencional, la protección solicitada por la propia persona interesada, mínimamente será aplicable hasta que un Juez deba evaluarlas. De ser inevitable la apertura de un proceso judicial de determinación de la capacidad, el Juez deberá confirmarlas, ya que expresan la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y las elecciones y controles por ella previstos.

149 Existe también un proyecto específico de reformas del CCCN para incorporar más ampliamente y con esa denominación los actos de autoprotección. Proyecto de ley S. 3564/2018. Y anteproyecto de reformas del CCCN Resolución 182/2108.

Con las herramientas propuestas, se pueden obtener soluciones más rápidas, sin necesidad de recurrir a la Justicia, similares a las recogidas con éxito en el derecho comparado como: la designación de un administrador o apoyo (*amministrazione di sostegno*) de la ley italiana 6/ del 9/1/2004¹⁵⁰, asistente en Alemania, o consejero en el Estado de Quebec, o asistente en el Estado Columbia Británica, ambos de Canadá.

Más interesante aún nos parece la solución legislada en Perú, en la reciente modificación del régimen de capacidad civil que prevé el nombramiento de apoyo a través de escritura pública, con la posibilidad de optar por la vía judicial o jurisdicción voluntaria notarial para su discernimiento.

Las asociaciones civiles internacionales aconsejan evitar la curatela o tutela para tener acceso a servicios financieros, jurídicos o médicos. Pero advierten que la eliminación de la curatela o tutela plena, debe ir acompañada de una estrategia integral que incorpore a varios interesados para desarrollar los apoyos en la comunidad y crear redes de apoyo que cuenten con reconocimiento en la legislación, salvaguardias adecuadas y procesos de desarrollo comunitario y de divulgación¹⁵¹.

A todo ello tienden las alternativas notariales que proponemos en el presente para otorgar la protección elegida por el interesado, y el sistema de control planificado por el mismo, en un marco de seguridad jurídica, que puede darse en el juego armónico de otorgamiento de directivas anticipadas y poderes preventivos.

I.1.4. Directivas anticipadas y personas mayores

El aumento de la expectativa de vida de los seres humanos puede llevar a que algunas personas mayores experimenten discapacidad en la medida en que avance su estadio etario. Pero en principio, la vejez no debe asimilarse a la discapacidad. La vejez sola no es igual a enfermedad o incapacidad. La ancianidad en sí misma no es causal de incapacidad para celebrar actos jurídicos familiares, como por ejemplo el matrimonio, el divorcio o la adopción.

150 Kemelmajer de Carlucci, Aída en "Las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas", 1 sep. 2007. Cita: MJ-DOC-4587-AR | MJD4587. Producto: SYD

151 Informe Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre Derecho a decidir. Elaborado por Inclusión Internacional. 2014. University of East London. Website:inclusion-international.com

Para las personas mayores rige la presunción de capacidad aún cuando se encuentren internadas, pero sin dudas se trata de personas vulnerables¹⁵², protegidas especialmente como tales, en el art. 75 inc. 23 C.N.

Entendemos que los ancianos comparten con los niños, con las mujeres y con las personas con discapacidad la noción de VULNERABILIDAD, en tanto personas que necesitan cierto sistema de protección especial, para poder ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Respecto de este colectivo también se necesita una garantía de PRIORIDAD, que comprende atención preferencial e inmediata por los órganos públicos y privados, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales públicas, asignación privilegiada de recursos públicos, prioridad en la atención por su familia, garantía de acceso a servicios de salud y de asistencia social locales.

Así lo expresa la CIDH en el primer fallo específico sobre personas mayores, en el que destacó la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. Además, la Corte determinó que la edad, es también una categoría protegida por la Convención Americana¹⁵³.

El riesgo que se presenta es encontrar un punto de equilibrio entre la sobreprotección (considerarlos inhábiles o incapaces) y la desprotección (afirmarlos plenamente capaces, sin alternativas puntuales de apoyo patrimonial o personal)¹⁵⁴ y fortalecerlos para que puedan ejercer su independencia y autonomía, en un marco de libertad a pesar de sus limitaciones en miras a la seguridad jurídica.

No todo adulto mayor, aún cuando tenga sus funciones debilitadas, requiere de intervención judicial, en estos casos podrá optar por un apoyo

152 Fallo sobre vulnerabilidad. Ancianos. Derechos de salida. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H. 13/08/2015 "T., O. F. y otro c. L. V., S. y otro s/ medidas precautorias". APJD 29/09/2015.

153 Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile, resumen. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

154 Fernández, Silvia y Krebs, María G. "La mayoría de edad en el final de la vida" en *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia*. Grossman, Cecilia (directora). Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 31 de mayo de 2015.

informal elegido por él mismo a medida que va reconociendo sus limitaciones y sus necesidades¹⁵⁵.

La interseccionalidad puede agravar la vulnerabilidad de las PCD que además van envejeciendo o los deterioros de la edad son tan importantes que producen discapacidad¹⁵⁶, la suma de ambos factores discapacidad y vejez, aumenta considerablemente los riesgos de restringir su capacidad jurídica, otorgarles tratamientos involuntarios o institucionalizarlos. En estas circunstancias, puede acudir a un sistema de apoyos y salvaguardas previsto por la CDPD sin necesidad de incapacitar y reemplazar la voluntad del adulto mayor, mediante la complementación de un tercero.

El derecho comparado nos brinda algunas alternativas protectorias diferenciadas de las figuras de incapacitación curatela y tutela: Como la salvaguarda de justicia en Francia. La asistencia en Alemania a diferencia de la tutela, la asistencia no significa ninguna limitación para la capacidad de actuar, ni requiere que la persona padezca un estado patológico. El asistente puede ser nombrado a pedido de parte o de oficio. El alcance de la asistencia puede ser amplio o limitado a algún asunto y puede preverse para la atención de la persona, para el cuidado de los bienes o para ambos. No será necesario designar un asistente si con anterioridad la persona nombró un apoderado. Se aplica conjuntamente con los poderes preventivos. O el consejero de personas mayores en el Estado de Quebec o asistencia del Estado de Columbia Británica en Canadá. Cuya aplicación podría tener lugar en nuestro país a través del otorgamiento de voluntades anticipadas o actos de autoprotección.

Existe en nuestro país un proyecto de ley sobre el régimen jurídico del contrato de servicios residenciales gerontológicos¹⁵⁷, que establece que el consentimiento

155 Famá María Victoria y Pagano, Luz María en "Salud Mental y Adultos Mayores", Capítulo 5 en *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia*, Grossman, Cecilia (directora). Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe; 31 de mayo de 2015.

156 Este tema esta siendo objeto de análisis por la Relatora Especial de los Derechos de las Personas con discapacidad Catalina Devandas Aguilar y será objeto de informe en la próxima Asamblea General N° 74 en octubre de 2019.

157 PL *Régimen jurídico del contrato de servicios gerontológicos*, Davobe, Isolina. Artículo 8°.- Actos de autoprotección y poderes preventivos. En el momento de su celebración, la prestadora debe informar a la contratante sobre su derecho a celebrar un acto de autoprotección en el cual queden establecidas de manera fehaciente sus directivas anticipadas en materia de salud,

informado es un elemento esencial del contrato de servicios residenciales gerontológicos y debe constituirse conforme a las disposiciones del CCCN, bajo pena de nulidad absoluta del contrato. Y dispone la necesidad de un acto de autoprotección que fije las pautas, los deseos y preferencias de la persona mayor y un poder preventivo.

La mayoría de las causas judiciales en los anales de jurisprudencia argentina relacionados con ancianos, se refieren a conflictos familiares por los bienes materiales o por no cumplimiento de los derechos de libertad en los ingresos y permanencias de residencias geriátricas¹⁵⁸.

Las convenciones internacionales tienden a reconocer y a otorgarle carácter vinculante a las directivas anticipadas. La República Argentina suscribió la Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores, en junio de 2015, tendiente a promover proteger y garantizar el uso y goce de las libertades y los derechos humanos de las personas mayores. La misma fue aprobada por Ley 27.360 del 31 de mayo de 2017. En esta Convención se establecen especialmente, el derecho a decidir su lugar de residencia, derechos a la salud: como el consentimiento informado, directivas anticipadas de salud, nombramiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, seguridad y protección contra abandono y malos tratos, trabajo, educación, recreación, esparcimiento y poder gozar de sus bienes.

Los actos de autoprotección o directivas anticipadas son una herramienta eficaz para una persona mayor que comienza a sentirse vulnerable para expresar decisiones bioéticas y planificar sus últimos años, con los más amplios y variados contenidos.

sobre sus asuntos patrimoniales o extrapatrimoniales. Conforme a la situación particular, también puede requerir un poder general o especial, en previsión de la futura discapacidad de la persona contratante. En cualquier caso, en esos instrumentos el contratante debe designar a una persona para que actúe en calidad de asistente, apoyo o representante legal, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Código Civil y Comercial. Los actos de autoprotección y los poderes preventivos serán revisados anualmente, salvo que las partes establezcan una frecuencia de tiempo menor. Artículo 9°.- Intervención judicial. En caso de duda acerca de la competencia para la comprensión o toma de decisiones de la contratante, la prestadora deberá comunicar esta circunstancia a la persona designada en el acto de autoprotección, o requerir la intervención judicial.

158 Famá María Victoria y Pagano, Luz María en "Salud Mental y Adultos Mayores". Ob. cit.

El notario es principalmente un asesor familiar que puede colaborar para que la persona mayor, organice una verdadera ingeniería jurídica para preservar sus derechos: Así proyecte sus decisiones en diferentes aspectos de su vida, con la intención de proteger sus *derechos de autonomía*, referidos básicamente a la vida y a la salud, a las libertades, a la igualdad y al uso y gozo de los bienes de su propiedad. Además, puede determinar cuales de sus parientes prefiere para otorgar consentimientos informados o decisiones en salud, o a quiénes rechaza para el mismo. Y determinar las causas de dicha exclusión. O simplemente establecer, cual es la persona que más conoce o está más cerca de sus necesidades o preferencias y sentimientos, en la que depositaría su preferencia para el cuidado de su persona y de sus bienes, o para servirle de apoyo, en caso de vulnerabilidad¹⁵⁹. Claramente nombrar uno o más apoyos y para los casos más extremos un posible "curador", y formas de contralor o salvaguarda. Como también amplias declaraciones sobre su vida cotidiana: Si quiere permanecer viviendo en su casa, pero asistido por cuidadores, si quiere ingresar a una casa de larga estadía conocidas en nuestro medio como residencias geriátricas. ¿Cuál? ¿En qué condiciones? ¿Sólo o acompañado? O quiere mudarse a un barrio específico con gente de su generación y servicios especiales al modo de *cohousing*¹⁶⁰, si quiere recibir o no determinadas visitas o realizar salidas del establecimiento o poder retirarse voluntariamente. Determinar cuestiones vitales (personalísimas) como prácticas religiosas, mantenimiento de mascotas y sus costumbres (alimentación: vegetariano, vegano, etc.) y cuidados habituales que hacen a su estilo y calidad de vida.

En fin organizar un régimen de protección ante la posibilidad de la discapacidad, determinar apoyos (una o más personas de su preferencia) y salvaguardas y alternativas a la institucionalización, y así asegurar su derecho a ser oído y proyectar su vida de acuerdo a su voluntad, sus deseos y sus preferencia a fin de mantener su autodeterminación, evitando recurrir a la Justicia. Y poder asegurar los dere-

159 Pierrì, Paola y otros. "La Autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad", Revista Notarial 958, pág. 19.

160 *Cohousing*: como un producto inmobiliario para consumidores de cierta edad, un barrio o un edificio pensado como un producto senior, destinado para adultos mayores que brinde servicios adaptados para esa franja etaria. Se utiliza en Estados Unidos y algunos países de Europa. Y ya existen algunos proyectos en nuestro país.

chos reconocidos en los principios de ONU **sobre el envejecimiento** de independencia, participación, cuidados, de autorrealización y de dignidad.

El asesoramiento y asistencia a los adultos mayores por parte del Notariado deberá ser integral. Abocándose a sus "derechos personalísimos" y también a sus "derechos patrimoniales" a través de actos habituales en nuestras notarías como donaciones, protegidas con usufructo gratuito y vitalicio y testamentos. O distintas figuras jurídicas que permiten la administración del patrimonio, para que proporcione una renta que brinde sustento económico al anciano o persona con discapacidad, para contrarrestar la escasez de recursos del sistema jubilatorio. Estas herramientas podrán ser diagramadas por él mismo o por sus familiares. Y pueden ser: los fideicomisos de administración, las rentas vitalicias o los créditos vitalicios con garantía hipotecaria o renta protegida a los que nos abocaremos en la presente investigación.

II. Acceso equitativo a la vivienda digna

1.- Introducción: "La vivienda como derecho humano"

Karina Vanesa Salierno

El derecho surge a consecuencia de la vida en comunidad de la persona, en tanto que una pluralidad de seres humanos en contacto tiene que resolver sus conflictos mediante un sistema de reglas de conducta. La familia es la célula básica de la organización de la sociedad y su aparición es consustancial al ser humano. La familia ha ido evolucionando, así como la sociedad, y lo siguen haciendo, ya que constituyen instituciones vivas que plantean al Derecho nuevos y múltiples interrogantes para articular jurídicamente las complejas relaciones que se tejen entre sus miembros. La protección integral de la familia encomendada al Derecho se despliega plenamente en la salvaguarda de la vivienda familiar, no sólo por el derecho en general a disfrutar de una vivienda digna, sino por ser el ámbito en donde la familia nace, se desarrolla, perece, se renueva y en general atraviesa vicisitudes propias de su devenir. Los derechos fundamentales de la persona confluyen en el derecho a una vivienda adecuada que no solamente hace referencia al derecho de toda persona de disponer de cuatro paredes y un techo donde encontrar refugio, sino que también implica acceder a un ho-

gar y a una comunidad segura en las que pueda vivir en paz, con dignidad y salud física y mental. Es éste un ejemplo paradigmático de la interdependencia entre los diferentes derechos humanos, en tanto la vivienda aparece como escenario de la vida cotidiana, como medio de interacción. En ella se produce gran parte de la socialización, de la configuración de los roles sociales y de los valores culturales. Es también una unidad económica, un espacio de ocio o también de producción ya que puede ser utilizada como lugar de trabajo. Garantizar este derecho, por tanto, deviene esencial para proteger el derecho a la familia, a la no ingerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y en definitiva, para asegurar el derecho a una vida digna.

El derecho a la vivienda germina como fundamental del hombre en distintos tratados internacionales de derechos humanos, se destaca y lo podemos apreciar en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 4, donde se estableció que la vivienda "tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales".

La Comisión de Asentamientos Humanos y de la Estrategia Mundial de la Vivienda, en su párrafo 5 estableció: "el concepto de vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 4, ha señalado que: "el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. **Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte**". Asimismo, se vincula el derecho a la vivienda con el derecho a la salud, ya que por vivienda se debe entender vivienda "habitabile", que es la que suministra a sus habitantes un espacio que los resguarde de las inclemencias meteorológicas, las fallas estructurales y en general de los focos de enfermedad.

Los pronunciamientos judiciales han ido perfilando los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales¹⁶¹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado que "no compete a la Corte Suprema valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado. Pero como intérprete final de principios de rango constitucional le incumbe velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho.

2. Antecedentes históricos

Puede advertirse claramente en la historia del derecho, como desde la responsabilidad civil sancionada "*in corpore afflictio*" en el derecho romano que preveía que el deudor incumplidor pasaba a ser propiedad de su acreedor, y éste podía disponer libremente de su persona, encadenarlo, matarlo, hacerlo esclavo o venderlo como tal, hasta nuestros días, el avance científico jurídico ha sido notable. En el "*nexum romano*"¹⁶² el deudor se vendía a sí mismo como garantía del cumplimiento de la obligación. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*, esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba al empleado de la "*manus injectio*" contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (*corpus*) estaba comprometida y respondía del pago de la deuda. Por el "*nexum*" se establecía un vínculo físico que posibilitaba al acreedor ejercer la "*manus injectio*", poniendo mano sobre la persona del deudor en caso de incumplimiento, sin hacer uso de las acciones declarativas para lograr una sentencia conde-

161 Plovanych, María Cristina, "La persona humana y la protección de los derechos de la vivienda", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, julio 2017, N° 80, pág. 61. ISSN 1851-1201.

162 El "*nexum*" (del latín "*nectere*", cuyo significado era atarse o ligarse) fue una antigua forma de constituir el vínculo obligacional en el Derecho Romano, que requería la pronunciación de palabras solemnes, mediante formalidades similares a las de la "*mancipatio*" (por el cobre y la balanza), por el cual el deudor se automancipaba, sometiéndose a la potestas de su acreedor. Los contratos verbales que se encuentran en la historia del derecho romano son varios: el *nexum*, la *stipulatio*, la *dotis dictio*. Sin embargo, el primero cayó en desuso desde el siglo V de Roma, siendo una institución antigua y desconocida en el derecho justinianeo; el último cedió el paso a la constitución dotal por *pactio* o *pollicitatio*; el segundo continuó en el derecho justinianeo, siendo la forma más común de convenirse gran número de relaciones obligatorias.

natoria, en el sistema de las "*legis acciones*". Mientras tanto, quedaba en un estado de prisión redimible.

Sin embargo, hay discusiones sobre qué comprendía el "nexum". En la nota 180 del Libro III de las *Institutas* de Gayo, se dice que para Manius Manilius comprendía cualquier acto que se celebrara "*per aes et libram*", en cambio para Scaevola se refería al acto que daba nacimiento a la obligación diferenciado de la "mancipatio". La mayoría está de acuerdo en que debía distinguirse en el "nexum"; por un lado el convenio entre las partes, que hacía nacer la obligación, y por otro lado, el vínculo, que era la atadura física que se generaba con el "nexum".

Las víctimas de esta ligadura física, fuente terrible de violencia e injusticias eran fundamentalmente los plebeyos que por su estado de pobreza debían contraer deuda con los patricios. En el año 326 a. C. producto de una conmoción social se promulgó la ley Poetelia Papiria¹⁶³ que abolió el "nexum" en forma indirecta, pues declaró a libertad de todos los "nexi", prohibió el encarcelamiento de los deudores, que se los pudiera vender o matar, estableciendo que los deudores a partir de entonces, responderían con sus patrimonios. Livio (VII, 28) nos cuenta que después de la ley Poetelia los que eran adjudicados por la vía ordinaria a sus propios acreedores, no podían ser cargados de cadenas: "*iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compendibus aut in nervo toneretur: pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*"¹⁶⁴.

En verdad, ya dos siglos antes, en la Antigua Grecia, se había consagrado un principio similar evitando que el deudor respondiera con su cuerpo frente al incumplimiento de sus obligaciones. Se sabe por los testimonios preservados que, ya en el siglo VI a C, el legislador Solón (638-558 a. C.) liberó la persona del deudor del cumplimiento de las obligaciones, aboliendo la esclavitud por deudas. La reforma legislativa produjo un profundo cambio en materia de garantías en cuanto favoreció en Atenas el desarrollo conceptual del patrimonio como prenda común de los acreedores. El sujeto en materia civil solo responderá con su patrimonio por la obligación incumplida.

163 Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Araujo, Bs. As. 1943, dice refiriéndose a la Ley Poetelia que, "Declaró libres a los ciudadanos que eran nexi en el momento de su promulgación, prohibió que en lo sucesivo se encadenara a los deudores, y decidió que éstos no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes".

164 *Instituciones de Derecho romano. Libro tercero, De las obligaciones*. Felipe Serafini, págs. 123 - 126.

Partiendo así del sistema de la responsabilidad patrimonial, que determina que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, podemos advertir una evolución legislativa y jurisprudencial, cuando se hace una especial contemplación de las cosas concretas que integran ese patrimonio, y la necesidad de apartar aquellas que son indispensables para la vida, el trabajo y la familia constituyendo un patrimonio mínimo y básico para transitar la naturaleza humana.

El patrimonio es concebido económicamente como el conjunto de bienes de una persona, constituye una universalidad jurídica de sus derechos reales y personales, bajo la relación de un valor pecuniario. Presenta unidad de masa, y unidad de gestión, tratada unitariamente por el ordenamiento jurídico, sometida a su titular para satisfacer la perspectiva del bien individual, pero simultáneamente es garantía común de los acreedores a fin de posibilitar la satisfacción de sus créditos en orden al bien común. La regla es que todos los bienes que componen el patrimonio del deudor son pasibles de ejecución por sus acreedores, a los fines de percibir sus créditos. Sin embargo, la ley establece, en supuestos excepcionales, la inembargabilidad de ciertos bienes, los cuales quedan excluidos de la garantía común en resguardo de las necesidades mínimas del deudor y su familia. Las limitaciones surgen del sujeto o del objeto de la obligación.

La vivienda como instituto susceptible de tutela constitucional lo encontramos mencionado en las Bases de Alberdi (capítulo XI), y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, también de Alberdi; donde transcribe el art. 9 de la sección 15 de la Constitución de California de 1849, que dice: *"Para completar la santidad de la familia (semillero del Estado y de la República, medio único y fecundo de población y de regeneración social) la legislatura protegerá por ley cierta porción del hogar doméstico y otros bienes de toda cabeza de familia, a fin de evitar su venta forzosa"*.

La primera consagración de este derecho, a nivel nacional se produce con la Constitución de 1949 y luego de su derogación, queda incorporado al artículo 14 bis en la reforma de 1957, en el último párrafo encontramos la referencia: "(...) la ley establecerá (...) el acceso a una vivienda digna". La reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados internacionales a nuestra pirámide jurídica, enriquece la conceptualización y agrega principios jurídicos

para su interpretación. En directa referencia al derecho a la vivienda, el art. 75 inc. 22, de la CN, incorpora cinco tratados que lo mencionan expresamente y le dan un marco más amplio de desarrollo normativo.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental que integra la nómina de los llamados "derechos económicos, sociales y culturales", es decir aquellos que, a diferencia de los clásicos derechos decimonónicos, requieren una prestación o actividad positiva del Estado, y se debe analizar desde dos puntos de partida, uno que tiene que ver con el derecho público, es decir toda aquella normativa que coadyuva al cumplimiento del mandato constitucional y que tiene que ver con las políticas públicas y los mecanismos que utiliza el estado para garantizar el acceso a la vivienda y el segundo que tiene que ver con el régimen del derecho privado que se instala para proteger la vivienda adquirida. Ambos puntos de partida se conectan y se vinculan en función de su norte tuitivo, pero conforman dos objetos de tutela distintos con normas especiales para cada uno¹⁶⁵. Mientras que un derecho apunta a la protección de la familia en relación a su propiedad privada y su protección sobre un bien (considerado como "de familia" y por ende susceptible de resguardo) otro busca garantizar el espacio habitacional de la persona con ciertas características mínimas, quien puede a su vez optar por constituir una familia o no.

La protección de la vivienda adquirida recibe en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento tuitivo específico también desde dos planos: uno referido a las relaciones intrínsecas de los miembros de la familia entre sí canalizada a través del asentimiento conyugal o convivencial, la atribución de la vivienda luego del divorcio o la ruptura de la convivencia, la incidencia de la vivienda como pauta para la fijación de la cuota alimentaria durante la convivencia y la separación, para la fijación de la compensación económica, etc. y el otro representado por las relaciones extrínsecas de los miembros de la familia frente a los terceros, cristalizado a través del régimen especial de afectación a vivienda, la indivisión hereditaria dispuesta por el causante, el derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite, entre otros.

165 Cao, Christian Alberto, "¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC, 2015 (agosto), 17/08/2015, 297. AR/DOC/2601/2015

3. Normativa Internacional

"El plexo normativo consagrado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no constituye un conjunto de normas consagratorias de meros principios teóricos, sino que se encuentran dirigidas a situaciones de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, pudiendo tales derechos ser invocados, ejercidos y amparados sin requerir el pronunciamiento expreso legislativo de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerles surtir sus plenos efectos¹⁶⁶".

Entre los fundamentos del Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación se lee: "La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. 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 receptar 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 derecho internacional desarrolló ampliamente el concepto de derecho humano a la vivienda, entendido como el derecho de toda persona humana a un nivel de vida adecuado, previsto en varios instrumentos que conforman el "corpus juris"¹⁶⁷ internacional:

La Declaración Universal de los derechos humanos, formulada en París el 10/12/48, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que dispone "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado (art. 16); "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" (art. 25).

166 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/7/1992, autos "Ekmekdjian v. Sofovich", LL 1992-C-540; ED 148-338.

167 La expresión *corpus juris* de los derechos humanos en un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional, desarrollado en la Opinión Consultiva OC-16/199 donde la Corte manifestó que "El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)" (párr. 115).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); que afirma: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener **la dignidad de la persona y del hogar**". 3. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969, aprobada por Ley 23.054 de 1984), que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado (art. 17).

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York, 19 de diciembre de 1966 y ratificado por Ley 23.313 que declara "los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados** y a una mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11.1).

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de **discriminación** racial, suscripta en Nueva York el 13 de julio de 1967 y ratificada por 34 Ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5, inc. e, III).

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por Ley 23.179 de 1985, que consagra especialmente, para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar en condiciones de vida adecuada, particularmente en las esferas de la **vivienda**, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14, Inc. h).

La Convención de los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse.

En la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se establece un mecanismo de seguimiento, observación y supervisión del cumplimiento de sus obligaciones por los Estados parte. Para cumplir con estas funciones, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas dispuso, mediante la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, la creación de un comité de expertos independientes. Este comité interpreta las disposiciones del Pacto, con carácter general, a

través de Observaciones Generales. Se han dictado 21 Observaciones, de las cuales tres, están directamente relacionadas con el derecho a la vivienda. El valor e interpretación de las observaciones es fundamental para los jueces que deben establecer cual es el contenido mínimo del derecho a la vivienda. La Observación General número 3, punto 10, establece que "(...) los Estados deben asegurar un piso mínimo de satisfacción de los derechos que deben tutelar".

En este sentido tuvo oportunidad de expedirse el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso "Alba Quintana"¹⁶⁸. El Pacto asimismo consagra el "principio de progresividad" entendido como la medición continua de la mejora de las condiciones de vivienda. Este principio también marca un desafío para el órgano jurisdiccional al momento de dilucidar conflictos de acceso a la vivienda. Este principio no es de resultados sino normativo, es decir que mide el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su art. 28 establece: Nivel de vida adecuado y protección social: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;

168 TSJ CABA, 12/05/2010, "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido".

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Asimismo la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, contempla este tema en el artículo 24: Derecho a la vivienda. La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.

Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propia vivienda. Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener en cuenta:

a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad.

b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte.

Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzados ilegales.

Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor.

La naturaleza positiva que asume el derecho a la vivienda implica preguntarnos también por los recursos presupuestarios destinados a solventarlo.

4. La política habitacional

Las intervenciones del Estado en materia de política habitacional variaron a lo largo del tiempo debido a diferentes razones, entre ellas, la conceptualización teórica sobre la vivienda social en los ámbitos políticos y académicos nacionales e internacionales en cada período. Hasta los años 90, la política habitacional argentina, no se ocupó debidamente de las necesidades de los sectores sociales afectados por la pobreza, pero la agudización de este problema, exigió modificar los paradigmas de intervención¹⁶⁹. Se estudia y analiza el concepto de política habitacional integral como un concepto que incluye todas las condiciones físico-materiales que hacen a la unidad habitacional y su articulación al espacio urbano circundante, como las atinentes a la integración económica, social y cultural de sus habitantes.

Asimismo se entiende que es adecuada cuando estas condiciones permiten que sus habitantes cuenten con: a) Una unidad habitacional adecuada; b) Accesibilidad física a la misma y accesibilidad a las distintas áreas de trabajo, abastecimiento, ocio, espacios verdes, equipamiento educativos, de salud, etc.; c) Una localización saneada, urbanizada, libre de riesgos, dotada de los servicios públicos esenciales (transporte, seguridad, alumbrado, recolección de residuos); espacios públicos confortables; d) Solvencia y estabilidad económica para asumir los costos de los servicios domiciliarios y mantener, mejorar y transformar la unidad habitacional de acuerdo a las necesidades cambiantes del hogar en el tiempo; y e) Los recursos y condiciones económicas y sociales para disfrutar, usar y acceder a los bienes y servicios que ofrece la vida social.

Estos son los objetivos que toda política habitacional de un Estado debería perseguir dentro del contexto internacional que protege la vivienda integral. Así vemos como los intentos no logran cumplir con los objetivos plasmados.

169 Barreto, Miguel Ángel y Alcalá, Laura Inés. "El concepto de vivienda en el marco de una Política Habitacional Integral", Comunicaciones Científicas y Tecnológicas. Universidad Nacional del Nordeste.

La emergencia habitacional ocupa hoy la agenda social mundial haciendo visible la fractura entre las necesidades sociales y las respuestas habitacionales, mostrando la insuficiencia de las acciones aún después de una década en la que las políticas públicas duplicaran el esfuerzo nacional en la cuestión¹⁷⁰.

En la actualidad vemos un doble problema que subyace en la política habitacional, el primero es la insuficiencia cualitativa de los espacios habitacionales que ofrece el Estado, y el futuro conflicto cualitativo que representará la multiplicidad de emprendimientos inmobiliarios que se están desarrollando en numerosos sectores de nuestro país, que no cuentan con los correspondientes análisis de impacto socio ambiental.

La política habitacional se rige por los siguientes principios:

1. Usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad.

2. Impedir la especulación.

3. Asistir a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la "vivienda propia".

4.1. Evolución de la situación habitacional Argentina 2001-2010¹⁷¹

Este informe sobre la evolución de la situación habitacional de la Dirección Nacional de Políticas Habitacionales del FONAVI, fue elaborado por la Lic. Malka Hancevich y la Lic. Nora Steinbrun bajo la supervisión de la Directora Nacional de Políticas Habitacionales Lic. Lydia Mabel Martínez de Jiménez.

El informe indica que el Censo de Población Hogares y Viviendas 2010 arrojó una población total de 40.117.096 de habitantes, y una densidad promedio de 10.7 habitantes por km². Estas cifras representan respecto al censo 2001 un aumento cercano al 10% tanto de población como en densidad.

Las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz y Chubut, si bien son provincias pequeñas en cuanto a habitantes, registran un importante crecimiento poblacional, con una variación superior al 20% sobre el año 2001. Por su parte,

170 Rodolfo, María Beatriz, Boselli, Teresa. *Política habitacional en Argentina y desigualdades territoriales*.

171 Fuente: Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, Dirección Nacional de Políticas Habitacionales.

la Ciudad de Buenos Aires presenta el más bajo crecimiento porcentual en el período intercensal, pero revierte su tendencia de decrecimiento observada durante el período 1991-2001. Considerando la distribución en el territorio según la división política del país, la mayor concentración de la población se sitúa en la provincia de Buenos Aires (38,9%), seguido por las provincias de Córdoba, Santa Fe y Ciudad de Buenos Aires. Se observa en los 24 partidos del Gran Buenos Aires el mayor crecimiento intercensal en términos absolutos (1.225.845 personas). Asimismo, el 31,9% de la población habita en la región metropolitana conformada por los 24 partidos del Gran Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Esta región es la más densamente poblada, con 2.694,8 habitantes por km² en el caso de los 24 partidos y 14.450,8 hab./km² en el de la Ciudad.

En cuanto a los hogares que conforman esta población, existen al año 2010 un total de 12.171.675 hogares que habitan en 11.317.507 viviendas particulares. Estos guarismos, implican un aumento considerable de hogares respecto a 2001. A partir de los datos estadísticos publicados del Censo 2010, se ha considerado en este informe aquellos que permiten caracterizar las viviendas que habitan los hogares, a fin de determinar el estado de situación y las necesidades habitacionales de la población. Como síntesis general de la evolución 2001-2010 puede mencionarse que ha habido un crecimiento poblacional del 10,6%, con mayor proporción de hogares que comparten su vivienda pero de menor tamaño promedio. A su vez, en el análisis de la calidad de la vivienda, se ha observado un aumento de tipos de vivienda que favorecen la mayor seguridad residencial. Acompañando esta tendencia, se verifica que un mayor porcentaje de viviendas cuentan con acceso a agua segura y un sistema de desagüe adecuado que facilite el saneamiento, y por ende, la salubridad de la población. En cuanto al estudio por provincias, es de destacar la magnitud de la complejidad en los 24 partidos del Gran Buenos Aires, ya que representan el 24,7% de la población total del país, con importantes carencias para que la vivienda garantice condiciones básicas de habitabilidad a los hogares.

En el mismo sentido, surge que, pese a la evolución favorable de los indicadores de calidad habitacional y extensión de redes de servicios en la última década, aun subsisten situaciones deficitarias de gran relevancia respecto al conjunto de aspectos analizados, principalmente en las provincias de Chaco, Formosa, Corrientes, Santiago del Estero, Misiones, Tucumán, Salta y Jujuy, todas pertenecientes a la región norte. A partir de estos diagnósticos, se reafirma la necesidad de continuar interviniendo a través de la política pública,

focalizando las necesidades de la población, y ampliando las líneas de acción que contemplen soluciones habitacionales, ya sea a través de mejoramientos en las viviendas, extensión de redes de servicios, o construcción de viviendas para atender al creciente número de hogares.

4.2. Ley 14.449 de la Provincia de Buenos Aires: "Ley de Acceso Justo al Hábitat" (modificada por las leyes 14.875 y 14.939)

Art. 15: Parámetros de calidad: La vivienda y el hábitat dignos se definen según los siguientes parámetros de calidad:

a) La localización de los proyectos habitacionales tendrá en cuenta criterios de densificación, consolidación y completamiento de las áreas urbanas, favoreciendo el aprovechamiento racional de las inversiones en equipamientos y redes de servicios, la integración socio-espacial, la mixtura de usos y actividades y la riqueza y complejidad de la vida urbana. De tal forma, para su emplazamiento se priorizarán las siguientes condiciones:

I- La cercanía a las áreas de centralidad.

II- Las facilidades de accesibilidad y conectividad.

III- El nivel de consolidación urbana.

IV- La cobertura de servicios y equipamientos urbanos básicos.

b) Los niveles de habitabilidad de la vivienda en función de su calidad constructiva, de sus parámetros de ventilación e iluminación y de sus posibilidades de crecimiento progresivo y adaptabilidad al desarrollo futuro.

c) La calidad en el tratamiento del espacio público y la integración a las áreas circundantes.

d) Los niveles básicos de cobertura de la infraestructura, de los servicios, del equipamiento social y de accesibilidad del transporte público.

e) El diseño edilicio bajo pautas de eficiencia y ahorro energético según los parámetros de la Ley 13.059 con sus modificatorias y reglamentaciones o las normas legales que en el futuro las modifiquen o reemplacen.

f) El respeto a las normas de diseño sobre accesibilidad para personas con necesidades especiales.

Artículo 16: Directrices Generales. Las políticas de vivienda y hábitat son una función y responsabilidad pública y, por lo tanto, deben garantizar

la defensa de derechos colectivos por aplicación del principio de la función social de la propiedad. Los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman dichas políticas se rigen por las siguientes directrices generales:

a) Promoción de la justa distribución de las cargas y de los beneficios generados por el proceso de urbanización.

b) Fortalecimiento de la regulación pública sobre el suelo urbano con la finalidad de desalentar prácticas especulativas, utilizando instrumentos de recuperación y redistribución social de la valorización de los inmuebles.

c) Diseño e implementación de un abordaje integral mediante acciones que vinculen solidariamente instrumentos urbanísticos, herramientas de gestión del suelo y operatorias de urbanización y vivienda.

d) Fomento de la participación permanente de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad tanto en las etapas de formulación y de ejecución, como en las de evaluación y seguimiento.

e) Impulso a la integración socio-urbanística y a la regularización de la tenencia de la tierra en villas y asentamientos precarios con la finalidad de hacer efectiva la incorporación de la propiedad del suelo como un derecho de los habitantes.

f) Diversificación y promoción de la pluralidad de las respuestas, en atención a las diferentes demandas y posibilidades de acceso a distintas soluciones habitacionales de los diversos grupos sociales.

g) Incorporación y revalorización de las experiencias organizativas y las prácticas de los sectores populares, estimulando los procesos de auto-gestión del hábitat a través del cooperativismo y de otras formas asociativas, apoyando la investigación, experimentación y desarrollo de tecnologías apropiadas a dichos procesos.

h) Evaluación constante de las políticas y acciones implementadas, analizando periódicamente su impacto.

El déficit habitacional en la provincial de Buenos Aires es una realidad que afecta a miles de hogares y tiene como principal causa la falta de acceso al suelo de calidad. Durante el siglo XX hasta la promulgación del decreto Ley 8912/77, Ley de Uso de Suelos y Ordenamiento Territorial de la

provincia de Buenos Aires, los fraccionamientos sin servicios fueron legales y conformaron un de los principales mecanismos de acceso al suelo para los sectores populares. Es a partir de su entrada en vigencia que se fijó la prohibición de la venta de lotes sin infraestructura, todo lo que trajo como correlato el encarecimiento de los costos de producción de la tierra urbana, reduciendo la oferta y significativamente subiendo el precio de la tierra¹⁷².

La persistencia de condiciones habitacionales precarias junto con la consolidación de villas y asentamientos, aún en los contextos económicos favorables, dan cuenta del carácter no coyuntural y transitorio de estas manifestaciones. Se suma a ello en el plano provincial un conjunto de piezas normativas que se caracterizan por su desarticulación y focalización en cuestiones parciales.

Por último, cabe señalar que el estudio de la situación habitacional de los hogares y su evolución, se verá enriquecido en la medida que se cuente con la totalidad de los aspectos a considerar para realizar una caracterización integral. La misma deberá contemplar tanto atributos y características de la vivienda, como condición de ocupación por parte de los hogares, en relación al espacio que disponen y el grado de privacidad dentro de la vivienda, como también la consolidación del entorno donde se emplaza la misma.

El análisis cualitativo se impone si el objetivo es llegar a una política habitacional integral. La política habitacional Argentina no ha logrado ofrecer alternativas de desarrollo urbano y económico adecuado a la población de bajos ingresos, ni a corto ni a largo plazo. A corto plazo, las instituciones otorgan créditos a trabajadores con empleos formales y los acomodan en conjuntos residenciales de vivienda social, sin embargo, dejan de atender a una gran cantidad de demanda de vivienda por no reunir los requisitos mínimos por estar esencialmente fuera del sistema laboral. A largo plazo estas viviendas sociales no cumplen con el objetivo de vivienda integral, por no cumplir con los estándares socio ambientales, básicamente se descuida el entorno ya que no existen herramientas efectivas para identificar y promover las ventajas comparativas de cada lugar, que ayude a crear un ambiente

172 Scatolini, Luciano, *Hábitat, hacia un nuevo paradigma urbano*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, República Argentina.

donde existan más opciones económicas para todos los habitantes. Básicamente nos falta asumir el déficit de políticas sólidas y comprometidas a largo plazo para lograr una economía social responsable.

4.3. Informe de la Organización TECHO Argentina¹⁷³ respecto a las cuestiones más relevantes vinculadas con el acceso al hábitat, la pobreza y los asentamientos

En cuanto a la situación social, los últimos números del INDEC (1er semestre 2017) dan cuenta de una mejora en los indicadores de pobreza respecto al 2016 (del 32,2% al 28,6%) pero de un sostenimiento en la indigencia (6,3% al 6,2%) a nivel nacional. Cuando vamos a la desagregación de estos números observamos con mucha preocupación la situación del Gran Buenos Aires, Corrientes y Santiago del Estero, donde los niveles de indigencia son del 8,2% 9,3% y 13% respectivamente. Cabe recordar que estar por debajo de la línea de indigencia significa no contar con los ingresos suficientes para "cubrir una canasta de alimentos capaz de satisfacer el umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas". En otras palabras, este gran porcentaje de la población no tiene lo mínimo necesario para alimentarse adecuadamente. En este contexto, organizaciones sociales plantearon la necesidad de sancionar la Emergencia Alimentaria, sin conseguir tratamiento en el Congreso de la Nación. En este sentido, vale destacar la Ley de Emergencia Social sancionada a fines de 2016 con una implementación lenta y errante.

Un hito muy importante fue el reconocimiento por parte del Gobierno Nacional a través del decreto 358/17 de la existencia de más de 4300 barrios populares, en un trabajo en conjunto con las organizaciones sociales con trabajo territorial. El mismo decreto estableció el otorgamiento de un Certificado de Vivienda para las familias relevadas. Ambas medidas constituyen

173 En 1997 un grupo de jóvenes comenzó a trabajar por el sueño de superar la situación de pobreza en la que vivían millones de personas. El sentido de urgencia en los asentamientos los movilizó masivamente a construir viviendas de emergencia en conjunto con las familias que vivían en condiciones inaceptables y a volcar su energía en busca de soluciones concretas a las problemáticas que las comunidades afrontaban cada día. Esta iniciativa se convirtió en un desafío institucional que hoy se comparte en todo el continente. Desde sus inicios en Chile, seguido por El Salvador y Perú, la organización emprendió su expansión bajo el nombre "Un Techo para mi País". Luego de 20 años de trabajo, TECHO mantiene operación en 19 países de Latinoamérica y el Caribe: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Además, cuenta con una oficina en Estados Unidos.

un avance relevante y una oportunidad histórica para plantear un proceso de regularización de gran parte de los asentamientos, con enfoque en la integración de los mismos, entendiendo las ventajas sociales del acceso igualitario a derechos básicos, las bases de una sociedad justa.

En contraposición a esta medida, observamos con preocupación una política activa de venta de tierra pública, sin una visión clara de la sustentabilidad de estas medidas en el mediano y largo plazo. Consideramos que es necesario, entre otras cosas, que se modifique el proceso actual y que se incluya la obligación de que estas operaciones sean aprobadas por el Congreso de la Nación.

*A nivel nacional, se estableció el **Plan Nacional de Vivienda y Hábitat**, donde según la información disponible, se están haciendo intervenciones (sin especificaciones de tipo de obra) en alrededor de 350 barrios del país. El aumento en la inversión pública es significativo y vale destacarlo. Sin embargo, en perspectiva de los 4300 asentamientos relevados, no es ni será suficiente para resolver el problema de fondo, lo que requerirá políticas más profundas e integrales y cambios de reglas de juego. Es por eso que insistimos en resaltar la ausencia de la temática del mercado del suelo y su efectiva regulación en este Plan. **No hay ciudad o país en el mundo que tenga resuelto el tema del hábitat que no regule de manera efectiva el mercado del suelo.***

Parte de la agenda de medios en temas de hábitat se concentró en los grandes proyectos de urbanización que se están llevando a cabo en la Ciudad de Buenos Aires. Destacando la decisión política de avanzar en esta dirección, planteando una mirada de integración social y urbana para los barrios, identificamos la necesidad de participación real en el diseño por parte de los vecinos y vecinas, entendiendo que son ellos quienes vienen construyendo sus barrios y lo seguirán haciendo. En esta misma línea, también destacamos falta de información pública de calidad en lo que respecta al avance de estos procesos, que permita a las organizaciones monitorear el estado de situación. Por último, merece nuestra atención la falta de participación de las organizaciones sociales expertas en hábitat para la ponderación y selección de los mismos.

En cuanto al Congreso de la Nación, sostenemos que su funcionamiento fue limitado. Como viene pasando año tras año, quedan afuera de la agenda legislativa proyectos importantes para la temática. En algunas sesiones se aprobaron proyectos vinculados sobre todo al mercado de créditos y a cuestiones vinculadas a la contratación de obras de vivienda social. El proyecto de ley con

media sanción de Diputados referido a Regularización Dominial perdió estado parlamentario en el Senado. También quedó sin tratamiento el proyecto de Ley de Alquileres que tuvo dictamen en la comisión de Legislación General y contaba con acuerdos para ser aprobada. Un hecho a destacar fue la aprobación por unanimidad de la prórroga de la Ley 26.160, que permite encarar definitivamente el relevamiento de tierras de las comunidades originarias. Esperamos que en 2019 se concrete este trabajo y se avance en políticas de fondo.

Por otro lado, seguimos viendo con preocupación la situación respecto a los desalojos. En todos los casos observados resaltamos, por un lado, la falta de cumplimiento de los protocolos establecidos a nivel internacional y por el otro, la falta de coordinación estatal en sus diferentes niveles y poderes en las respuestas a las familias afectadas.

El decreto 358/17 estableció mínimos avances en esta temática y es destacable, en este sentido, la iniciativa del poder legislativo de la Provincia de Buenos Aires, que renovó por un año la suspensión de los desalojos, entendiendo la situación crítica que atraviesan la mayoría de las familias. No obstante, y a pesar de nuestro pedido recurrente, no sólo no se debatió el proyecto nacional de regulación de desalojos presentado por HABITAR ARGENTINA en el Congreso, sino que muy por el contrario, hubieron intentos concretos de realizar reformas regresivas en términos de derechos humanos, que finalmente no se concretaron debido al accionar de las organizaciones de la sociedad civil y organismos de la justicia.

Durante el año relanzamos el Consenso Nacional para un Hábitat Digno, en un debate con candidatos y candidatas a diputados nacionales en el Congreso. En el marco de la discusión respecto a la violencia y al rol de las fuerzas de seguridad, vale remarcar uno de los puntos de este documento: "La reducción de la violencia, la previsibilidad de la vida cotidiana y la libre circulación son condiciones básicas para un hábitat digno. En la Argentina, las políticas de seguridad contribuyen (hace décadas) a configurar un hábitat excluyente que focaliza la punitividad sobre los habitantes de los barrios pobres y poblaciones rurales, a los que se ha desprovisto de seguridad.

Las zonas con peores condiciones habitacionales son también aquellas en las que se concentran los abusos policiales y en las que más se sufren formas diversas de violencia. Los dispositivos de seguridad configuran obstáculos materiales y simbólicos que limitan la circulación y obturan el acceso a bienes y servicios desigualmente distribuidos en la ciudad. En este sentido, vemos con

preocupación la aparición de declaraciones irresponsables de la clase política en Argentina en las situaciones de conflicto entre fuerzas de seguridad y los sectores populares en sus reclamos (...).

*En síntesis, podemos decir que ocurrieron avances (desconectados y de implementación errática). Lo positivo sin dudas es que ahora conocemos la real dimensión y profundidad del problema gracias al **Registro Nacional de Barrios Populares**. Conocer el problema es parte de la solución, pero no es la solución. Falta discutir y definir políticas públicas de fondo para el largo plazo para incidir no sólo sobre los efectos sino sobre las causas de la pobreza y los asentamientos que son la mayor deuda social del país.*

En un año donde el país atraerá particularmente la mirada internacional, vale repasar los tanto los Objetivos de Desarrollo Sostenible como la Nueva Agenda Urbana que contienen lineamientos claros al respecto. Este proceso de discusión, consenso y diseño debe ser convocado y liderado por el gobierno; del cual deberán participar además todos los actores sociales, económicos y políticos, con prioridad fundamental en los habitantes de los asentamientos que conocen mejor que nadie las prioridades y formas de hacer los procesos sustentables.

4.4. "Vivienda y cambio social en España"

España ha sido históricamente reconocida como única en cuanto a las particularidades de su sistema de vivienda. La transición política a la democracia en España es relativamente reciente, al compararla con otras trayectorias europeas. La llegada de la democracia supone la introducción de medidas que eliminan la discriminación por género y por raza. En lo que respecta al acceso a la vivienda España transitó un proceso complejo con los extranjeros y las mujeres que puso en tela de juicio que el derecho universal a la vivienda sea extensible a todo el mundo.

La mayoría de la población inmigrante encuentra generalmente trabajos precarios y con bajos salarios, por lo que se ve obligada a recurrir a viviendas baratas que muchas veces no cumplen con los mínimos criterios de salubridad exigidos.

Dependiendo del objetivo perseguido, el gobierno español ha utilizado diferentes instrumentos, que van desde las ayudas fiscales a las ayudas directas. En particular, los avances en las áreas de vivienda social en España ha sido afectados por el pasado histórico. El desarrollo de la periferia urbana fue el

resultado de una estrategia pública para dar cabida a la emigración desde las zonas rurales a las ciudades debido a la tardía industrialización del país.

La propiedad de la vivienda se considera como una forma de ahorro y como una red de seguridad para la familia. El sistema español de la vivienda se basa en la prestación de apoyo financiero, básicamente a la demanda, y en la reactivación del sector de la construcción como una forma de expandir la economía en su conjunto.

Para paliar el déficit habitacional en el núcleo social, se han desarrollado también diferentes formas de convivencia, alquiler de pisos o casas completas, habitaciones, sectores parciales de la vivienda, compartir pisos alquilados por dos o más familias, el arrendamiento o subarrendamiento de habitaciones, incluso el hospedaje en la vivienda de propiedad de un nacional o extranjero.

El reto del acceso a una vivienda se convierte en un grave problema social cuando de sujetos vulnerables se trata.

4.5. Un Habitat for a better urban future: Viviendas para grupos vulnerables

La organización "*Un Habitat for a better urban future*" en asociación con ONU-Hábitat desarrollan un concurso anual en donde se reconocen y destacan ideas, proyectos y programas de vivienda innovadores, destacados y revolucionarios alrededor del mundo. A través de los años se han reconocido más de 250 proyectos destacables, demostrando mejoras sustanciales y duraderas en las condiciones de vida de estos grupos.

Ejemplos de estos proyectos son¹⁷⁴:

1. *Vivienda asequible y segura para madres solteras en Japón*

Se reconoce la dificultad que tiene la mujer para trabajar, luego de tener hijos y se presupone que son generalmente inestables económicamente. Por lo que se propone un sistema de adjudicación de viviendas utilizando subsidios del gobierno, contra el pago de un canon locativo bajo o adquisiciones en cuotas con tasas rebajadas, desarrolladas en propiedades vacías o abandonadas, previamente identificadas por agentes inmobiliarios con ayuda de organizaciones no gubernamentales, como "Little Ones".

174 Fuente: www.world-habitat.org/es/premios-mundiales-del-habitat

2. Startblok: reuniendo a jóvenes y refugiados a través de la vivienda

Startblok Riekerhaven fue desarrollado por las asociaciones de vivienda De Key y Socius Wonen y es el hogar de 565 personas de entre 18 y 27 años. La mayoría de los residentes son refugiados que han obtenido permisos de residencia, pero la otra mitad son jóvenes ciudadanos neerlandeses que necesitan vivienda asequible. Estos dos grupos viven lado a lado en los nueve bloques de apartamentos del proyecto, los cuales están hechos de viejos contenedores de transporte y divididos en estudios y apartamentos. La comunidad está manejada por los residentes, quienes reciben apoyo y orientación y se los alienta a participar en equipos deportivos, cursos de idioma e intercambios culturales, los cuales son financiados mediante los alquileres. Los alquileres asequibles de Startblok permiten a los residentes neerlandeses trabajar o estudiar en una ciudad que de otra manera es cara, mientras que los refugiados también se benefician de la oportunidad de desarrollar amistades y obtener conocimientos para ayudarles a reconstruir sus vidas. El proyecto está asegurado hasta 2026, cuando se termina el usufructo de la tierra que es propiedad del municipio. Sin embargo, se ha reconocido el potencial del modelo y ya están en preparación programas similares de largo plazo.

3. "Caprichando a Morada": Vivir bien es parte de la dignidad humana

La Cooperativa rural de vivienda COOPERHAF, fue establecida en el 2001 por la federación de los trabajadores del Brasil para abordar las necesidades críticas de vivienda de las familias de agricultores de ingresos muy bajos en el Brasil. Se usa un enfoque participativo para movilizar y organizar a las familias, ayudándoles a construir, a mejorar o a ampliar sus hogares. El proyecto es liderado y manejado por la comunidad y la construcción es realizada por las mismas familias a través de la autoconstrucción, con la ayuda de un maestro de obra y del equipo técnico de COOPERHAF. Las familias son asistidas para acceder a la financiación de programas de vivienda existentes del gobierno, así como para acceder a un crédito asequible. El proyecto también se concentra en crear sustentos sostenibles, con el desarrollo de las capacidades, la formación de cooperativas y la diversificación de la producción agrícola, de tal modo que aumenten las oportunidades para la generación de renta, garantizando una seguridad alimentaria. Establecido originalmente en tres estados del Brasil meridional, el proyecto se ha ampliado para cubrir 12 de los 26 estados brasileños. Generando hasta la fecha, mejores condiciones de vivienda y sustentos

sostenibles a más de 30.000 familias de bajos ingresos.

4. Reconstrucción y rehabilitación post-tsunami en Sri Lanka

Este proyecto de rehabilitación y reconstrucción post-tsunami, implementado por Acción Práctica (*Practical Action*), ha trabajado con las comunidades afectadas para reconstruir sus viviendas y mejorar su sustento, la infraestructura, el saneamiento y la salud. Más de 160 viviendas, han sido construidas en asocio con ONG's locales y grupos de la comunidad, usando tecnología apropiada rentable. Nuevas oportunidades para la generación de ingresos han sido creadas y se ha brindado capacitación a más de 200 pequeños empresarios comerciales. Tecnologías apropiadas han sido introducidas, aumentando la sostenibilidad del uso de agua y energía y reduciendo la cantidad de materiales de construcción requeridos para cada casa.

5. The 100,000 Homes Campaign

Es parte de una estrategia de la Organización no gubernamental "Solutions" para acabar con los sin techo en EEUU, aplicando el método llamado "de la calle al hogar" ("Street to home") que tuvo gran éxito en New York.

Una red de casi 100 organizaciones está comprometida con este trabajo a nivel local o nacional, además de los equipos de implementación en 190 comunidades participantes. La Campaña comenzó en julio de 2010 y finalizó en julio de 2014.

La Campaña emplea un proceso innovador de creación de movimientos y métodos de mejora de la calidad para crear dos cambios significativos a nivel de la comunidad: un registro de todas las personas sin hogar y un plan para trasladar al 2.5% de la población crónica y vulnerable a una vivienda permanente cada mes.

Más de 44,000 personas sin hogar a largo plazo y médicamente vulnerables han sido alojadas permanentemente hasta la fecha. Veintiocho comunidades están cumpliendo con sus objetivos de colocación mensuales del 2,5 por ciento, en comparación con 13 hace medio año. La Campaña aboga por estrategias que tienen una tasa de retención probada del 85 por ciento.

La Campaña es un proceso de ampliación en sí mismo; *Community Solutions* ahora trabaja regularmente con 190 coaliciones locales en todo EEUU. El enfoque también se ha discutido con líderes políticos y comunitarios en Canadá, Australia, Irlanda y Bélgica.

5. La vivienda de las personas vulnerables

5.1. Vivienda y adultos mayores

Los problemas residenciales que se presentan a las personas mayores tienen que ver con la falta de adaptación y disfuncionalidad de las viviendas en relación con sus necesidades y con su capacidad de mantenerlas. La accesibilidad y el mantenimiento de viviendas grandes y antiguas son los principales problemas a los que se enfrentan los mayores.

Los principales cambios residenciales de los mayores están muy relacionados con el progresivo aumento de la población de 65 años, lo que ha contribuido a que se incrementen considerablemente los hogares unipersonales que en una proporción muy elevada están formados por una persona mayor viuda. De esta forma se presenta el problema del mantenimiento de la vivienda, en lo que tiene que ver con el pago de los tributos que gravan la vivienda, así como también el aseo y la limpieza del hogar. Por lo cual los adultos mayores reclaman herramientas jurídicas para planificar su estructura habitacional.

En este sentido, las figuras como la renta vitalicia, el fideicomiso, el seguro de vida o el contrato de donación con reserva de derecho real de usufructo vitalicio se presentan como valiosas configuraciones jurídicas de planificación habitacional.

5.2. Vivienda e inmigración

El reto del acceso a una vivienda se convierte en un grave problema social, pues existen cuestiones específicas para los inmigrantes, derivadas de sus menores salarios, compromisos familiares de envío de dinero a sus países de origen, mayores dificultades de acceso al crédito por una débil o hasta escasa garantía. Todo ello trae como consecuencia, prácticas inmobiliarias discriminatorias o abusos en los cánones locativos y en las primas de seguros de caución.

La discriminación en el acceso a la vivienda constituye un factor condicionante de la localización residencial, relegando a los inmigrantes a determinadas zonas de la ciudad, de viviendas más degradadas y precarias,

junto con los sectores más desfavorecidos de la población nativa¹⁷⁵ esto propicia la conformación de una "línea étnica urbana" que genera un mercado de vivienda segmentado, jerarquizante y desigualitario¹⁷⁶.

La relación entre la inmigración limítrofe y déficit habitacional se inscribe, así, en el contexto de un mercado inmobiliario excluyente y un Estado que no ha logrado implementar políticas habitacionales suficientes, que solucionen el problema del acceso al suelo de miles de habitantes, nacionales y extranjeros. En el caso de los inmigrantes, la situación no solo se presenta mucho más difícil por cuestiones vinculadas a los requerimientos impuestos por el mercado inmobiliario, sino también en la medida que las estrategias desarrolladas para acceder a los bienes y servicios urbanos (autoconstrucción, alquiler de piezas en villas, ocupación de terrenos vacíos) muy frecuentemente es cargada de estigmatizaciones hacia estos grupos (tildándolos de "ocupas" o "usurpadores"), lo cual deslegitima de todo reclamo por mejores condiciones de vida¹⁷⁷.

Sin perjuicio de ello, el contrato de locación o arrendamiento sigue siendo la figura que más utilizan los inmigrantes para procurarse una vivienda, pero en los casos en donde la pobreza extrema se suma a su calidad de extranjeros, las políticas habitacionales no logran canalizar sus necesidades básicas, dejando paso a un escenario de precariedad habitacional que se traduce en ocupación de terrenos, alquiler de espacios o piezas mediante instrumentos que no gozan de mínimas garantías para hacer valer sus derechos en caso de controversia o incumplimientos.

5.3. Vivienda y género

Siendo el género una perspectiva trasversal, la mujer presenta un conjunto de situaciones de carácter diverso que manifiestan altas probabilidades de su-

175 Bayona, J. (2007). "La segregación residencial de la población extranjera en Barcelona: ¿una segregación fragmentada?". *Scripta Nova*, 11(235). Recuperado de: <http://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/1309>.

176 Checa Olmos, J. C. y Arjona Garrido, Á. (2006). "Segregación y condiciones residenciales de los inmigrantes africanos en Almería (España)". *Migraciones Internacionales*, 3(3), 81-106. ISSN 1665-8906.

177 https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-83582018000100053#B16

frir procesos de exclusión social¹⁷⁸. El análisis de la vivienda y la mujer pasa por una valoración de los diferentes atributos que posibilitan situaciones de riesgo en la mujer: la exclusión social afecta negativamente a las mujeres con hijos a cargo, mujeres mayores solas, mujeres divorciadas, mujeres maltratadas, mujeres inmigrantes.

5.4. Vivienda e interseccionalidad/discriminación múltiple¹⁷⁹

(...) "El género no es el único motivo de discriminación y no todas las mujeres son discriminadas de la misma manera. El concepto de interseccionalidad se usa para demostrar de qué manera las relaciones y las identidades, como el pertenecer a una etnia, la edad, el estado civil, la clase, la casta, el estado de salud y la orientación sexual, interactúan en la creación de patrones de poder en diferentes contextos. Algunos de los problemas específicos que se destacaron durante las consultas y que requieren atención específica, incluyen la discriminación a la que se enfrentan las lesbianas, las bisexuales y las transexuales, las mujeres con discapacidades, las madres solteras, las mujeres pobres, las indígenas, las mujeres viajeras de tribus/nómadas y las mujeres portadoras de VIH/SIDA. Esta discriminación múltiple afecta el derecho de las mujeres a vivienda adecuada y tierra. Por ejemplo, una mujer puede no tener permiso para tener una propiedad, debido a prácticas patriarcales en su propia comunidad, en tanto al mismo tiempo, se ve forzada a vivir en asentamientos informales con acceso inadecuado a los servicios básicos, debido a la discriminación que existe contra su clase o grupo étnico en la sociedad global. Sin embargo, las mujeres pueden no ser consideradas como un colectivo homogéneo; los conflictos de intereses, las desigualdades de poder y la discriminación también existen entre ellas. En consecuencia, las mujeres pueden ser tanto víctimas como perpetradoras de discriminación. Es importante tomar un enfoque interseccional, reconociendo las estructuras de poder superpuestas y las causas de discriminación y vulnerabilidad, a fin de establecer un entendimiento más acabado de los problemas complejos, permitiendo, así, intervenciones más relevantes. Este enfoque también puede ser útil para detectar intereses comunes y crear solidaridad entre los diferentes grupos. (...)".

178 Pérez Rincón, Socorro y Tello I. Robira, Rosa, *¿Derecho a la vivienda?, Miradas críticas a las políticas de vivienda*, Ed. Bellaterra, Agencia Española de Cooperación Internacional, Barcelona, 2012.

179 "Las mujeres y el derecho a una vivienda adecuada. Una introducción a los problemas centrales". *Habitat Internacional Coalition (HIC)*, Secretaria General Anna Kaijser.

6. Jurisprudencia

6.1. Vivienda digna

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo N° 1 de la Plata: "Asesoría de Incapaces N° 1- La plata c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Amparo". 28/04/2016.

El Ministerio Público promovió acción de amparo colectivo a fin de solicitar la satisfacción de las necesidades más elementales de una serie de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad que habitan en las cuencas de los arroyos y que, en razón de ello, habían sido severamente damnificados por la inundación ocurrida el día 2 de abril de 2013 en los municipios de La Plata y Berisso. El juez le hizo lugar basado en los siguientes lineamientos:

1) El derecho a la vivienda no se limita a obtener una residencia en cualquier lugar y bajo cualquier circunstancia, sino que se vincula con el acceso a ella en condiciones dignas y en un contexto tal que permita a las personas desarrollarse en el marco de un proyecto de vida -derecho al hábitat-.

2) Si bien es cierto que el Estado no puede satisfacer de manera inmediata todos los elementos que integran el contenido del derecho a una vivienda adecuada, porque el deber de progresividad establecido en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce ese límite, también lo es que tal circunstancia no es entendida como una autorización para **postergar "sine die" el cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia.**

3) Los municipios demandados no pueden oponer cuestiones presupuestarias o criterios de discrecionalidad a fin de limitar o demorar la implementación de los mandatos delineados en la sentencia que les ordena relocalizar a familias que habitan en las cuencas de dos arroyos y consolidar los terrenos ocupados por otras, pues estos constituyen la aplicación de obligaciones que cuentan con una garantía de prioridad en la asignación de recursos.

4) La emergencia económico-financiera declarada por el Municipio de La Plata mediante el decreto 2268/15 carece de virtualidad jurídica para sustraerlo del cumplimiento de la sentencia que le ordena relocalizar a fa-

milias que habitan en las cuencas de dos arroyos y consolidar los terrenos ocupados por otras, no sólo por el carácter prevalente de los derechos en juego, sino también por la notoria inconstitucionalidad de la mencionada normativa que fue dictada por el Ejecutivo comunal arrogándose funciones conferidas con exclusividad al poder Legislativo.

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 14/12/2016 en autos "N.A.M. A y otros vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s. Daños y Perjuicios".

"(...) Así, cabe concluir que el niño no murió por fuerza mayor, sino por falta de un Estado presente, pues la ausencia de cuidados, en condiciones de objetiva violencia (climatológica, de hábitat, etc.) fueron determinantes en el resultado, máxime si se advierte que murió de noche y en la calle, un tiempo y un lugar donde jamás debería estar un bebé de 26 días de vida (...)"

Juzgado número 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, "P.M.I.C c/GCBA y otros sobre Amparo".

Una mujer en situación de calle de 52 años de edad, viuda y con afecciones físicas y psiquiátricas, con un hijo menor de edad, interpone una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por hallarse afectados sus derechos y garantías constitucionales, en particular, el derecho de acceso a una vivienda digna, a la salud, y al desarrollo integral. Solicitó se le brinde una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad. Asimismo, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de dos decretos que fijan límites temporales y cuantitativos a los subsidios habitacionales, considerándolos incompatibles con las normas internacionales que garantizan el derecho a la vivienda digna. El juez declaró la inconstitucionalidad de la normativa local, y ordenó se le otorgue una vivienda adecuada, bajo la figura de comodato social, mediante la entrega de uno de los inmuebles ociosos que pertenecen al dominio privado de la Ciudad. El magistrado destacó: *"El crecimiento del sector inmobiliario y la especulación financiera, que junto a la indiferencia del Estado respecto del destino de estas personas, hace que se engrosen las filas que caen en un sistema asistencialista deficiente y/o terminan en situación de calle"*.

6.2. Vivienda y discriminación

*"Bank of America Corporation c. City of Miami, Florida"*¹⁸⁰

Cabe destacar un precedente jurisprudencial de la Suprema Corte de los Estados Unidos, del 1 de mayo de 2017, en el cual la Ciudad de Miami promovió demanda contra dos entidades financieras, Bank of America y Wells Fargo Bank, invocando violaciones a la Ley de Vivienda Justa -Fair Housing Act-. Alegó que se otorgaban créditos con mayores riesgos y en peores condiciones a sujetos que formaban parte de grupos minoritarios, en particular residentes afroamericanos y latinos, lo cual habría incrementado los incumplimientos y desalojos de sus comunidades. Las condiciones crediticias desfavorables consistían en altísimas tasas de interés, comisiones injustificadas, supuestas oportunidades para refinanciar el crédito que resultaban ser inexistentes y, ante la imposibilidad de pago del deudor, injustificadas negativas a refinanciar la deuda. Debido a las condiciones crediticias desiguales y discriminatorias, los incumplimientos y desalojos entre los grupos minoritarios fueron mucho mayores que entre los prestatarios que no pertenecían a estos grupos.

La Corte de Distrito desestimó la acción, el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión y la Corte Suprema anuló la sentencia y reenvió la causa al Tribunal inferior. La Corte manifestó que la Ley de Vivienda Justa, prohíbe todo tipo de discriminación en cuanto a términos, condiciones, privilegios de venta o renta, o en la provisión de servicios o facilidades de crédito, en virtud de diferencia de raza, color, sexo, religión, estatus familiar o nacionalidad, y explicó que la conducta discriminatoria de los demandados afectó severamente los barrios mencionados, y entre otras circunstancias negativas, produjo una baja significativa en el valor de las propiedades que perjudica directamente a la municipalidad disminuyendo los ingresos por impuestos. Asimismo, concluyó que las prácticas bancarias discriminatorias crean barreras inconstitucionales.

180 Suplemento Administrativo 2017 (noviembre), 5 con nota de Matías F. Córdova Moyano, Cita Online: US/JUR/2/2017.

6.3. El contenido mínimo del derecho a la vivienda¹⁸¹ en el fallo "Alba Quintana"

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los autos caratulados "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo" (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, expediente 6754/09, determinó la medida inicial del cumplimiento de las obligaciones que emanan del reconocimiento del derecho al acceso a una vivienda digna. Este cumplimiento mínimo consiste en la red de paradores nocturnos creada por la autoridad de aplicación que permite el pernocte de quienes carece de una habitación y operaría como soporte suficiente para aquellas personas alejadas del rango prioritario constitucional. Por lo tanto, la comunión de estas directrices indica que la medida paliativa de base -el parador- constituye un principio de cumplimiento de los deberes legales del estado que no admite discriminación, sino solamente la constatación suficiente de una necesidad basada en una efectiva situación de calle. Luego, ante políticas que superen este contenido mínimo, corresponde atender cada situación con la mirada puesta en los criterios positivos de discriminación fijados constitucionalmente. La situación de calle o la inminencia de su acontecer fundaría la necesidad de acceso a un parador nocturno, más por sí sola no implicaría la posibilidad de percepción de un subsidio u otra medida destinada a solucionar el problema habitacional de manera más o menos definitiva, ya que estas alternativas precisarían constatar factores vivenciales específicos (salud de la persona, composición del grupo familiar, nivel de pobreza, etc.)¹⁸².

6.4. La operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso "Quisbert Castro" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el control de razonabilidad de las políticas públicas

Del Voto del Dr. Petracchi se extraen las siguientes conclusiones:

1) *Al ejecutar el deber de reglamentar e implementar el derecho a la vivienda, el Estado debe procurar que: a) Las medidas implementadas fueran proporcionadas, esto es adecuadas para alcanzar la finalidad impuesta por la Ley Fundamental te-*

181 Santiago, Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Derecho a la vivienda y tutela judicial, La jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires y el fallo "Quisbert Castro" de la Corte Suprema de la Nación*, Universidad Austral, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2014.

182 CCAT, Sala II, "F.E.C c/GCBA y otros s/amparo -art. 14 CCABA-" 17/05/2012.

niendo en cuenta la realidad sobre la que pretendían regular; b) En el diseño de las políticas públicas se respetarán las prioridades que la Constitución asignaba a la satisfacción de cada uno de los derechos fundamentales, y c) Se realizará el mayor esfuerzo posible para dar plena efectividad al derecho a la vivienda digna.

2) Si bien la CABA -en el marco de sus potestades discrecionales- había desarrollado políticas públicas en materia habitacional, estas proveían una contención exigua que no modificaba la realidad de desamparo de la actora y de su hijo. Así, entendió que la demandada había incurrido en una "omisión inconstitucional" en tanto que no había cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna.

3) Las carencias presupuestarias no podrían justificar el incumplimiento de la Constitución nacional y de los Tratados internacionales incorporados a ella. En el caso, al elegir prioridades presupuestarias, el GCBA había dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad, lo que llevaba a presumir que no había implementado políticas públicas razonables ni realizado el máximo esfuerzo exigido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4) En virtud de lo expuesto, recaía en la Ciudad de Buenos Aires la carga de probar que había realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes y que en la distribución del presupuesto había tenido en cuenta las prioridades que la Constitución Nacional asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. El Ministro entendió que las medidas adoptadas revelaban que los recursos habían sido utilizados de manera irrazonable ya que no obstante las modalidades elegidas por la demandada para enfrentar la situación eran las más onerosas del mercado, otorgaban beneficios paliativos parciales e inadecuados.

5) Consecuentemente, resolvió condenar al GCBA a otorgar a la actora y a su hijo una solución habitacional adecuada hasta tanto se acreditaran nuevas circunstancias que permitieran concluir que su estado de necesidad había cesado.

7. El Notario y la protección de la vivienda de las personas vulnerables

Luego del análisis del derecho humano a la vivienda, vemos que la protección de este derecho fundamental en los grupos vulnerables requiere y

exige la presencia de un garante de la seguridad jurídica como es el notario latino, que debe realizar una labor de asesoría imparcial y gratuita para que las personas vulnerables hagan valer sus derechos y tomen sus decisiones a partir de la información brindada, clara y eficaz para posibilitar la elección del instrumento jurídico que mejor se adapte a sus necesidades.

El notario debe estar presente en la etapa previa de asesoramiento y planificación para lograr el acceso a una vivienda digna y también en la etapa de protección de la vivienda adquirida. El asesoramiento personal en la etapa pre contractual es fundamental así como también lo es el que se brinda con posterioridad cuando se requiere un análisis del patrimonio existente y de su mejor protección, en donde desplegará su conocimiento interdisciplinario para explicar los aspectos prácticos de cada figura, sus ventajas, desventajas y consecuencias.

En lo que respecta a la vivienda, los institutos como el asentimiento conyugal o convivencial, el régimen de protección de vivienda, las indivisiones hereditarias, el derecho de atribución de la vivienda, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, los pactos convivenciales, el protocolo familiar, los pactos sucesorios, la renta vitalicia y el contrato de alimentos, la hipoteca inversa, la atribución de la vivienda como efecto del divorcio vincular, son herramientas jurídicas de protección, sobre las cuales el notario podrá orientar y asesorar sobre la conveniencia de la utilización de una u otra, todo lo que quedará cristalizado en la escritura pública.

Asimismo el notariado debe estudiar, apoyar y coadyuvar a las políticas públicas de cada Estado, tendientes a mejorar el acceso a una vivienda digna a través de líneas de créditos o programas de asignación o preadjudicación de viviendas, que tengan un sistema de fácil acceso. Para ello se deberán evaluar los postulantes, calificando y clasificando los grupos más vulnerables a los que se debe atender en forma prioritaria.

III. CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

La contractualidad negocial destinada a la protección patrimonial de personas humanas vulnerables: Renta vitalicia

Cristina Noemí Armella

El estudio que abordamos del contrato oneroso de renta vitalicia lo hacemos desde un escenario que considerará distintas aristas de aquella celebración contractual vista desde la óptica de derecho privado, dejando de lado sistemas institucionalmente organizados como la actividad asegurativa, las leyes de riesgos de trabajo o el sistema previsional.

Es una realidad, que las personas mayores de edad, sin herederos, utilizan esta figura jurídica para recibir dinero a partir de la disposición de un inmueble, por lo general por medio del desmembramiento del dominio, transmitiendo la nuda propiedad al deudor de la renta y reservándose el usufructo. La nuda propiedad es el capital y como dador reviste también los roles subjetivos de acreedor y cabeza de renta.¹⁸³ Nada impide que transmitan el dominio pleno¹⁸⁴.

Desarrollamos este contrato desde una visión notarialista, con lo que ello significa en el tráfico negocial. Su contractualidad puede malearse con la finalidad patrimonial de proteger a personas humanas vulnerables o en estado de vulnerabilidad, en todas sus posibilidades de acaecimiento y sin limitarnos solo a las situaciones vinculadas a la capacidad.

Así podremos probar, cómo un contrato típico en el derecho argentino y en el derecho comparado, puede, a partir de la función "creadora del derecho" como función notarial por excelencia, servir a la comunidad, frente a los riesgos que puede sufrir una persona humana, en especial cuando se trate de su patrimonio, enten-

183 En igual sentido Leiva Fernández, Luis F. P., en "Contrato oneroso de renta vitalicia", en *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, Alterini, Jorge H. (Director General), Alterini, Ignacio E. (Coordinador). Tomo VII, pág. 703. Ed. La Ley, Bs As., 2015. Wayar, Ernesto C., en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo VI, pág. 371. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.

184 "... el esquema de adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos se mantiene sustancialmente igual, de modo que, para ella, es necesario conjugar un título suficiente con un modo suficiente. El recaudo de la inscripción registral se ha conservado, en materia inmobiliaria, con fines meramente declarativos". Conf. Sabene, Sebastián E. "Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria", pág. 5. La Ley, Bs. As., 2017. Con prólogo de Cristina Armella.

dido como abastecimiento económico de sus necesidades básicas (habitación, alimentos, vestimenta, salubridad, etc.)¹⁸⁵.

Quede claro entonces que la difusión de la aplicación de esta figura jurídica a situaciones personales de protección económica no tiene por qué estar sólo relacionada al llamado "estado de vulnerabilidad" estricto, sino aplicada a toda situación jurídica que requiera una solución económica, ante un estado de necesidad de la persona humana, con independencia de las causas que las hayan colocado en esa situación.

El Dr. Lorenzetti ha sostenido al analizar la finalidad de este contrato que: "Las partes desean prevenir un riesgo futuro para sí mismos o para terceros consistente en la necesidad de dinero en forma de renta", que no pueden obtener personalmente¹⁸⁶.

I Parte. El negocio jurídico. La renta vitalicia

Su regulación legal

A partir del 1° de agosto de 2015 comenzó a regir en la República Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la Ley 26.994, modificada por la Ley 27.077, que además derogó el Código Civil de Vélez Sarsfield, Ley 340, que rigió desde el 1° de enero de 1871¹⁸⁷.

En el Libro Tercero de los Derechos Personales se regula no solo la parte general de los contratos, sino que también se abordan los contratos en particular, en su Título IV.

185 Al respecto consultar *Summa Notarial, Registral e Inmobiliaria*. Armella, Cristina Noemí (Directora) y Esper, Mariano (Investigador). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

186 En *Tratado de los contratos*, Tomo III, pág. 559. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000.

187 Todas las citas legislativas se refieren al Derecho argentino.

Así, el "Contrato oneroso de renta vitalicia" se ubica en el Capítulo 24¹⁸⁸.

Esta figura jurídica no era ajena al ordenamiento jurídico argentino, en tanto también fue regulada en el Código decimonónico (art. 2070 y siguientes del Código Civil). No obstante ello, no fue un contrato utilizado frecuentemente.

El nuevo ordenamiento legal lo conceptualiza de la siguiente forma:

Artículo 1599.- Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

Características contractuales

Este contrato bilateral, es oneroso en tanto la renta se paga en consideración al capital que se recibe. También es aleatorio, como se explicará, ya que las ventajas o pérdidas de las partes, dependerán del plazo contractual, el cual es incierto, pues está vinculado a la vida de una persona humana. Por tanto, también es de tracto sucesivo. Es nominado, porque quedó perfectamente legislado entre los contratos en particular. Dejó de ser un contrato real (que se perfeccionaba con la entrega de la cosa), catalogándose a partir del nuevo régimen jurídico como "consensual"¹⁸⁹, en tanto aquella otra categoría ha desaparecido del ordenamiento argentino. Ello acarrea fuertes modificaciones que expondremos al explicar casos concretos. Tales son la posibilidad de que exista promesa de renta vitalicia o que el capital sea entregado por el dador al deudor de la renta en cuotas. Ya no existe la entrega del capital como celebración contractual. El perfeccionamiento del

188 La actual regulación reconoce como su fuente legislativa principal el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998.

189 Conf. Tabarez, Julieta en "Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial al contrato oneroso de renta vitalicia", en *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Contratos Parte Especial*, Tomo II, pág. 681 y ss. Stiglitz, Rubén S. (Director), La Ley, Bs. As., 2015.

contrato dependerá de la prestación del consentimiento entre presentes o ausentes¹⁹⁰. Su forma legal impuesta es la escritura pública¹⁹¹.

La escritura pública como forma solemne relativa

El legislador ha impuesto al contrato oneroso de renta vitalicia la forma de la escritura pública (art. 299 y ss. del CCCN)¹⁹². Cabe preguntarnos si esa formalidad la ha determinado como solemnidad absoluta o relativa. Si la celebración del contrato no se efectuara por escritura pública, cabría la posibilidad de incoar la acción por escrituración¹⁹³. Cabe una respuesta afirmativa ante la conversión formal del negocio jurídico que no respeta la forma legal impuesta. La solemnidad absoluta debe surgir palmariamente de la norma y no puede presumirse (tal cual lo ordenaba el art. 1810 del Código velezano y el actual art. 1552 del CCCN). Consecuencia de ello es que podemos aseverar que estamos en presencia de una solemnidad relativa pasible de cumplimiento forzado en los términos del art. 1018 del CCCN. Además, cuando el contrato debe ser celebrado por escritura pública, la forma y la prueba están inescindiblemente unidas, por lo que la acreditación de la existencia del contrato se efectuará por la exhibición de la primera copia extendida en legal forma por el notario autorizante (art. 308 CCCN). El negocio, que es su contenido, probará hasta la argución de falsedad civil o penal, la materialidad de los hechos que han sido cumplidos por el propio autorizante o que han pasado en su presencia (art. 296). Este valor probatorio acarrea también el efecto ejecutorio por medio del cual, el acreedor de la

190 Santarelli, Fulvio G. "La formación del consentimiento contractual. Oferta y aceptación". Ob. cit. En *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial, Contratos Parte General*, Tomo I, Stiglitz, Rubén S. (Director), pág. 165.

191 Al respecto consultar *Summa de Contratos. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*. Armella, Cristina Noemí (Directora) y Esper, Mariano (Investigador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

192 Artículo 299 del CCCN. Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

193 Kiper, Claudio M. *Juicio de escrituración (Conflictos derivados del boleto de compraventa)*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 53.

renta podrá ejecutar al deudor de la misma ante su incumplimiento, sin otro recaudo que la presentación del testimonio notarial¹⁹⁴.

Sujetos contratantes y roles subjetivos

Como acto jurídico bilateral, los sujetos contratantes son el dador (también llamado constituyente) y el obligado al pago de la renta (deudor de la renta o vitaliciante). Pero aparecen otros roles subjetivos, fundamentales tanto al tiempo de la celebración contractual, como así mismo durante su cumplimiento y extinción. El beneficiario o pensionista, como acreedor de la obligación y el llamado cabeza de renta, que hoy la ley lo designa como "*persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato*", existente y determinada al tiempo de la contratación y durante cuya vida el deudor de la renta deberá abonársela al acreedor. La pluralidad subjetiva es posible en cualquiera de los roles contractuales mencionados.

Los sujetos negociales se diferencian de los posibles roles subjetivos ya que cuando las partes contratan onerosamente la renta vitalicia, solo el dador y el deudor de la renta prestarán su consentimiento contractual.

Lo que sucede es que los roles subjetivos de beneficiario y de cabeza de renta podrán recaer en las mismas partes contratantes o en terceros ajenos al contrato. Cuando esto último sucede, existirán cláusulas contractuales que podrán designar como cabeza de renta a una o varias personas humanas a las que solo hay que mencionar en el contrato como existentes y a los fines de ser perfectamente determinadas, en tanto de la vida de ellas dependerá el plazo incierto contractual.

El cabeza de renta puede ser el mismo dador de capital. Será, entonces, parte del contrato y ocupará, además el rol subjetivo de cabeza de renta.

Por su parte el beneficiario de la renta puede ser un tercero a la celebración contractual, como tercero beneficiario. Pero nada priva de que este rol subjetivo

194 Artículo 308 del CCCN. Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

también pueda beneficiar al mismo dador. Así, el dador podrá ser cabeza de renta y beneficiario, ocupando entonces su calidad de parte contractual y de los otros dos roles subjetivos o quedar estos dos últimos designados en el contrato, considerando a personas humanas distintas del propio dador.

Estos dos últimos roles deben siempre recaer en personas humanas. Los de dador y deudor de la renta, podrían ser asumidos por personas jurídicas debidamente legitimadas para ello.

Así dos personas humanas o jurídicas se pueden vincular contractualmente en beneficio de uno de ellos o de un tercero, (siempre personas humanas) jugando en este último supuesto el "beneficio a tercero"¹⁹⁵, relación jurídica a la que se le aplican subsidiariamente las normas de las donaciones, salvo existencia de otro acto jurídico oneroso. La aplicación de la normativa de las donaciones, como esencialmente gratuitas, amerita vincular esta figura jurídica con el régimen de la transmisión de los derechos por causa de muerte (Libro quinto del CCCN, art. 2277 y ss.), en especial con las acciones judiciales tendientes a la protección de la legítima de los herederos forzosos (arts. 2386 y 2453 y cc. del CCCN).

Es importante interpretar que la gratuidad se puede dar únicamente en la relación jurídica existente entre el dador del capital y el beneficiario de la renta, cuando éste es un tercero ajeno al contrato celebrado entre el dador y el deudor de la renta (vinculación esta última que se enmarca en la onerosidad como explicamos). La aplicabilidad de las normas de las donaciones implica que deben considerarse, a este respecto, las reglas de la capacidad para donar y recibir donaciones (arts. 1548 y 1549 CCCN), como así también el régimen de la reducción y de la colación¹⁹⁶. La única posibilidad de desplazar ese beneficio de la presunción "iuris tantum" de la gratuidad, es probar que el contrato se haya celebrado en razón de otro negocio jurídico oneroso (art. 1600 *in fine* del CCCN).

Tal es la importancia que deviene de esta figura jurídica para expandir su aplicación a supuestos protectorios de personas humanas vulnerables.

195 Artículo 1600 del CCCN. Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso.

196 Al respecto consultar Cursack (h), Eduardo Marcos. "Contrato oneroso de renta vitalicia" en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Directores), Esper, Mariano (Coordinador). Armella, Cristina N. (Directora de área). Tomo IV, pág. 769. Ed. La Ley, Bs As., 2014.

Así, los sujetos contratantes podrán ser personas humanas o jurídicas para el supuesto de dador del capital o de una prestación mensurable en dinero, en tanto el beneficiario de la renta siempre será una persona humana, como así también lo será el cabeza de renta a cuya vida estará vinculado el plazo contractual.

En tanto este contrato debe celebrarse por escritura pública, la intervención notarial se impone¹⁹⁷. Razón por la cual, el cumplimiento de las operaciones de ejercicio serán las obligatorias de la prestación funcional¹⁹⁸.

Calificaciones notariales subjetivas. Identificación. Capacidad. Legitimación

Una vez debidamente asesoradas las partes, llega la etapa de la calificación notarial de los sujetos contratantes. El notario debe calificar la identificación de toda persona humana que intervenga en la escritura pública (art. 306, apartados a) y b) del Código Civil y Comercial de la Nación) por medio de la exhibición del documento idóneo y su incorporación al protocolo como cabeza de escritura, en fotocopia certificada por el notario o por la afirmación de conocerlos.

Resta entonces, una vez identificados, calificar su capacidad, la cual se presume, en principio como plena para los mayores de dieciocho años. (arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y cc del CCCN). La reforma del año 2015 ha introducido por primera vez en la legislación argentina el régimen de la capacidad restringida. La capacidad también debe calificarse a partir del contrato que se celebra, lo que implica en este caso y por parte del dador de capital que goce de capacidad de derecho y de ejercicio para disponer de sus bienes (arts. 1000, 1001 y 1002 del CCCN).

En el supuesto de que los sujetos negociales sean representados por otros sujetos instrumentales, se impone aplicar el régimen de la representación legal, convencional u orgánica¹⁹⁹ según el caso (art. 358 del CCCN). En los supuestos de capacidad restringida, el sistema de "apoyos" (art. 43 del CCCN) se aplica en

197 Al respecto consultar el modelo de escritura pública de constitución onerosa de renta vitalicia, en Esper, Mariano Director, *Derecho Notarial Práctico*, Tomo II, Obligaciones y Contratos, pág. 358. Ed. La Ley, Bs. As., 2019.

198 Artículo 1601 del CCCN. Forma. El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse en escritura pública.

199 Al respecto consultar Benseñor, Norberto R. y Favier Dubois, Eduardo M. "La representación orgánica en las sociedades anónimas (art. 58 de la Ley 19.550) y el contenido de la calificación

la República Argentina a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento legal, el 1° de agosto de 2015, como quedó dicho.

Párrafo aparte merece la observación de que este contrato nominado para el derecho argentino, tiene eficacia real, en tanto produce la transferencia dominial de lo dado como "capital" o "prestación mensurable en dinero". Si lo dado bajo este concepto es un bien inmueble, es necesario legitimar al dueño de la cosa para efectivizar la mutación del derecho que ostenta.

Personas humanas contratantes no solteras

Se impone analizar los regímenes patrimoniales que rigen los efectos económicos del matrimonio en el caso de que el dador sea una persona humana casada, divorciada o viuda, que puede estar sujeta al régimen de "comunidad" (art. 463 y ss. del CCCN) o al régimen de "separación de bienes" (art. 505 y ss. del CCCN) o a las disposiciones comunes a ambos (art. 454 y ss. del CCCN). Desde la "inhabilidad para contratar" entre cónyuges, bajo el régimen de comunidad, hasta la total y absoluta habilidad para contratar entre ellos, bajo el régimen de separación de bienes (art. 1002, apartado d) CCCN), las respuestas posibles para celebrar válida y eficazmente el contrato oneroso de renta vitalicia son distintas.

A ello se suma la posibilidad elegir el régimen patrimonial matrimonial antes de contraer nupcias (art. 446, inc. d), como así mutarlo durante la vigencia del matrimonio, cada año, (art. 449 del CCCN), todo ello por convenciones matrimoniales anteriores al matrimonio o posteriores a su celebración, y siempre por escritura pública. La mutación del régimen de comunidad (art. 475, inc. 3 CCCN) (en el cual se distinguen los bienes propios -art. 464 CCyCN- de los gananciales -art. 465 CCyCN-) al de separación de bienes (durante el cual solo se pueden adquirir bienes "personales" -ni propios ni gananciales-), da como consecuencia que, *ministerio legis*, todos los bienes gananciales existentes en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, conformen una indivisión postcomunitaria (art. 481 y ss CCCN) (masa indivisa), sujeta a la posterior liquidación, partición y adjudicación de los bienes a los cónyuges, que se encuentran separados de bienes, pero con matrimonio vigente.

notarial". Revista del Notariado 795, 1984, pág. 631. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Todo ello exige una dedicada calificación notarial, como función imprescindible de la legitimación de los sujetos negociales casados, divorciados o viudos, que determina una exigencia fundamental del notario, quien, como profesional del derecho a cargo de una función pública, deberá determinar, sin hesitación alguna, que el dador puede disponer del bien de que se trate aplicando la normativa legal impuesta (de orden público en tanto son actos dispositivos que provocan mutaciones reales)²⁰⁰.

Capital

El art. 1599 del CCCN al regular el contrato predica acerca del "capital u otra prestación mensurable en dinero" como prestación entregada por el dador al deudor de la renta con la finalidad de que éste último se obligue a abonarla. Dada esta conceptualización hoy no se limita al dador a tener que transferir cosas muebles o inmuebles (como en el Código decimonónico) sino que se acepta como capital la transferencia de bienes inmateriales que no son cosas.

Renta

Las partes al celebrar el contrato oneroso de renta vitalicia tienen en la mira que el beneficiario reciba una renta, esto es, una suma dineraria periódica y vitalicia (art. 1602 del CCCN). El mandato legal impone que sea una suma de dinero y si se pactara en otros bienes que no sean dinero, deberá, al tiempo de pago y para que tenga efecto extintivo obligacional, abonarse en dinero²⁰¹.

El asesoramiento notarial debe desplegarse en toda su extensión a los efectos de que las partes lleguen a la oportunidad de expresar su consentimiento contractual, debidamente informadas de las ulterioridades legales del

200 Cosola, Sebastián Justo. *Los derechos reales en Argentina y Perú*. Ed. Gaceta Notarial, Lima, Perú, 2017, pág. 59.

201 "El art. 1602 cuando predica que si la prestación a través de la cual debe abonarse la renta no es dinero, ella 'debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago', consagra una obligación de valor, lo que envía para su acabada comprensión a las previsiones de art. 772... Tratándose de una obligación de valor no rige la prohibición de indexar de la normación residual de la Ley 23.928". Conf. Ob. cit. Alterini, Jorge H. (Director) y Alterini, Ignacio E. (Coordinador), Tomo VII, pág. 732.

caso. La finalidad contractual es garantizarle al beneficiario de la renta y durante toda su vida, en tanto es "vitalicia", la recepción de una suma dineraria pactada, que podrá ser mayor o menor de acuerdo al propósito de la misma, en tanto puede o no coexistir con otros ingresos del beneficiario (jubilación, pensión, valores locativos, etc.).

La entidad económica de la renta, también debe ser correctamente proyectada pues su pago se extiende en el tiempo (por eso se califica al contrato oneroso de renta vitalicia como aleatorio y de tracto sucesivo, pues está sujeto a un plazo incierto vinculado al fallecimiento del cabeza de renta) y, lo que es fundamental en una economía no estable, es atender al valor intrínseco de la moneda de pago que puede deteriorarse a lo largo de los años.

La norma no distingue si el dinero integrativo de la renta debe ser moneda nacional o si puede pactarse una renta en moneda extranjera. Claro está que, contratada la renta, aplicándosele el ordenamiento legal argentino, la moneda de pago es el "peso" (art. 765 CCCN). No obstante, nuestro derecho privado, acepta como moneda de contrato, la moneda extranjera. La utilización más extendida en el tráfico comercial es la moneda dólar, lo que no es obstativo a la utilización de cualquier otra moneda extranjera (euros, yenes, libras esterlinas, etc.). Para estos casos, si la moneda extranjera se la considera "moneda de contrato" y el beneficiario de la renta la exige en la moneda pactada, el deudor deberá renunciar al derecho que le cabe de acuerdo a lo normado en el art. 765 CCCN²⁰².

Por su parte la ley vigente no exige una determinada periodicidad de la renta, como surgía del Código velezano que establecía una renta anual. No obstante, la doctrina, ya por entonces, interpretó que mientras la renta fuese periódica, no tenía porqué ser anual. Aplica aquí el concepto de autonomía de la voluntad (arts. 12, 958 y 962 del CCCN), por medio de la cual las partes contratantes podrán establecer libremente la frecuencia del pago (quincenal,

202 Artículo 765 del CCCN. "Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal." Al respecto consultar Pita, Enrique Máximo en "Contrato de renta vitalicia", en *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*. Kiper, Claudio Director. Daguerre, Luis O. Coordinador. Tomo II, pág. 525. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015.

mensual, trimestral, anual, bianual, etc.). También deben establecer el "valor de la cuota" por mutuo acuerdo, las que podrán ser de entidad económica iguales o diferentes. Si nada se conviene, se interpreta que son de "igual valor ente sí". Una limitación que surge del régimen jurídico es que la renta se abona por "período vencido" y se devenga el proporcional al tiempo de la muerte del cabeza de renta. Parte de la doctrina interpreta que esta regla es "supletoria". Es posible, entonces, convenir el pago de la renta no por período vencido, sino adelantado. Ello lejos de considerárselo inválido, sería totalmente eficaz por aplicación de la autonomía de la voluntad que rige todo el régimen contractual²⁰³.

Plazo de la renta

Como afirmamos el plazo (art. 350 CCCN) de la renta es un plazo incierto. Se distingue el plazo incierto porque está sujeto de un hecho futuro que indefectiblemente acaecerá, pero se desconoce cuándo. Así se caracteriza al plazo vinculado a la vida de una persona humana. Las partes, al celebrar el contrato oneroso de renta vitalicia, consideran la vida de una o varias personas como plazo incierto durante el cual el deudor deberá abonar la renta al beneficiario de la misma (art. 1606 del CCCN). Esa persona humana, designada como cabeza de renta, genera que, mientras viva, el beneficiario de la renta será acreedor de la misma. Al tiempo de su muerte, se extinguirá la obligación.

Como existe la posibilidad legal de establecer como cláusula contractual la pluralidad subjetiva a los efectos de considerar el plazo de la renta vinculado no solo a la vida una persona humana, sino de varias, la renta se extinguirá al tiempo del fallecimiento de la que sobreviva a los demás. Esta pluralidad subjetiva mantendrá exigible la renta total hasta que acaezca el último fallecimiento.

En ninguno de ambos casos (persona humana única o varias) se posible convenir una cláusula contractual que habilite a modificar la determinación de la persona humana cabeza de renta designada al momento de la celebración. Razón por la cual, si se ha acordado la posibilidad de modificar la persona ya designada o designar otra con posterioridad a la celebración contractual, esa cláusula estará viciada de invalidez, tratándose de un típico caso de invalidez

203 Conf. Podrez Yaniz, Haydeé Sabina y colaboradores en *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*. Modelos de redacción sugeridos. Clusellas, Eduardo Gabriel (Coordinador), Tomo 5, pág. 679, Ed. Astrea - FEN, Bs. As., 2015.

parcial, en tanto la nulidad de la disposición no generará la nulidad de todo el contrato. Es posible invalidar la cláusula y separarla del contrato, sin que éste pierda su tipicidad (art. 389 del CCCN).

La prueba de la extinción de la renta queda en cabeza del deudor. Puede justificarlo fehacientemente con la presentación de la partida o del certificado de defunción de la persona humana de que se trate. Este instrumento público de origen administrativo que emite el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la demarcación territorial donde se haya comprobado la muerte, ostenta plena fe pública administrativa derivativa, en tanto es copia o testimonio del acta respectiva que se labra en los Registros de Defunciones. En la República Argentina existen veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las que aplican el régimen nacional de la Ley 26.413 que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que ordena la inscripción de todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas humanas. El soporte documental de estos instrumentos públicos administrativos no solo es el papel, sino que actualmente se emiten en forma electrónica y con firma digital.

Pluralidad de beneficiarios

Es posible determinar como beneficiarios de la renta a más de una persona humana (art. 1603 del CCCN). En caso de pluralidad, se puede, además, convenir que el beneficio se goce en forma simultánea o sucesiva.

En el primer caso no existe derecho de acrecer entre los beneficiarios si no se pacta expresamente. Razón por la cual, en caso de fallecimiento de uno de los beneficiarios, el otro recibirá solo la mitad de la renta o la renta establecida en su favor, pero sin acrecer la que correspondía al otro beneficiario simultáneo. Se trata de una obligación simplemente mancomunada (art. 825 CCCN).

En el segundo supuesto, el de beneficiarios sucesivos, el segundo no gozará de la renta mientras que el beneficio del primero no se extinga (por la causal que fuere). En ambos casos la renta se deberá si la persona humana, cuya vida se tomó como referencia del plazo de la renta, sobrevive a ambas situaciones descriptas.

Transmisibilidad del derecho a la renta

Un aspecto absolutamente interesante del derecho a la renta es que la ley no lo categoriza como "intuitu personae" en cabeza del beneficiario exclusivamente, sino que lo considera transmisible por actos entre vivos y también *mortis causa* (art. 1603 del CCCN). Es verdad que la renta es un crédito cierto que ingresa al patrimonio del acreedor de la renta, por lo que aplicándose las normas de las obligaciones puede ser cedido tanto por actos entre vivos (en forma onerosa o gratuita) como *mortis causa*. Esta cesibilidad reconocida legalmente no modifica la prestación que debe el deudor de la renta al acreedor o beneficiario, en tanto seguirá obligado a la misma prestación, modificándose solamente el sujeto activo de la relación obligacional. Se aplicarán al caso las normas de la cesión de crédito que como contrato nominado²⁰⁴ está regulado en el art. 1614 y ss. del CCCN. Deberá ser celebrado por escritura pública (art. 1618 del CCCN "... Deben otorgarse por escritura pública: ... c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública) y deberá ser notificada al deudor para que el pago al cesionario sea válido y eficaz²⁰⁵.

*"Nada obsta, sin embargo, para que se estipule el efecto contrario. En una renta en la que el capital fue transmitido por alguien distinto del beneficiario con la finalidad de ayudar a éste, será muy común que se incluya en el contrato una cláusula por la cual el beneficio se extinga con la muerte del beneficiario originario o bien que el deudor de la renta deba seguir pagándola al constituyente hasta el cumplimiento del plazo"*²⁰⁶.

Por su parte, al tiempo del fallecimiento del beneficiario y manteniéndose vigente el plazo contractual, la renta pasa a sus herederos, tanto legítimos como testamentarios. La pretendida contradicción que aparece de la aplicación del art. 1027 del CCCN que prohíbe que el beneficio a favor

204 Al respecto consultar modelos en ob. cit. Esper, Mariano, *Derecho Notarial Práctico*, Tomo II, pág. 360 y ss.

205 Al respecto consultar *Máximos Precedentes Jurisprudenciales. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contratos*. Armella, Cristina Noemí (Directora) y Esper, Mariano (Investigador). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

206 Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo VII, pág. 831. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.

del tercero no se transmite a sus herederos, salvo cláusula expresa, del texto del art. 1603, *in fine*, que manda que: "El derecho a la renta es transmisible ... por causa de muerte", se resuelve interpretando que la primera norma es general para todos los contratos, mientras que la segunda marca una excepción para el supuesto del contrato puntual de renta vitalicia, por lo que el derecho que ostenta el beneficiario, siempre pasará a sus herederos, hasta que se extinga el contrato.

La exigibilidad del cumplimiento contractual. Resolución

El asesoramiento notarial al tiempo de la celebración de este contrato, debe tener muy presente la etapa de cumplimiento, e informar a las partes sobre los efectos del mismo durante todo su plazo de vigencia, que se extiende desde la celebración y hasta su extinción al tiempo de la muerte del cabeza de renta. Como expresamos, este período puede ser lo suficientemente extenso como para que cambien no solo las condiciones económicas del obligado al pago sino también el valor intrínseco de la moneda de pago. Por tanto es imprescindible establecer cláusulas contractuales que prevean los incumplimientos o las fluctuaciones económicas.

De todas formas, ante el silencio existen normas supletorias aplicables.

Resolución contractual

Como todo contrato, a la renta vitalicia se le aplican las normas generales de los contratos, incluso las modalidades de extinción contractual²⁰⁷. No obstante, cuando de resolución hablamos, la normativa establece tres formas de resolución: por incumplimiento del deudor, por falta o disminución de la garantía y por fallecimiento del cabeza de renta dentro de los treinta días siguientes a la celebración del contrato a causa de una enfermedad existente a aquel tiempo.

207 Al respecto consultar Hernández, Carlos A. *Suspensión y extinción del contrato*, en *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo II, pág. 9 y ss. Kiper, Claudio (Director), Daguerre, Luis O. (Coordinador). Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015. Garrido Cordobera, Lidia M. R. "La extinción, modificación y adecuación de los contratos". En *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial, Contratos*, Parte General, Tomo I, Stiglitz, Rubén S. Director, La Ley, Bs. As., 2017, pág. 352.

Resolución por incumplimiento del deudor de la renta

El art. 1604 del CCCN tasa como causal de resolución del contrato decidida por el dador o sus herederos, el caso de incumplimiento del deudor de la renta. Tal resolución habilita la restitución del capital. El régimen actual, determina con contundencia que los sujetos legitimados activamente solo pueden reclamar el "capital", sin intereses ni frutos, en tanto el acreedor conserve las rentas. Recordemos que para el caso de contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada la resolución opera para el futuro.

Las fianzas y garantías convenidas al tiempo de la celebración del contrato podrán ejecutarse.

Por su parte, si la renta es en beneficio de un tercero a las partes contratantes, se aplica lo dispuesto en el artículo 1027.²⁰⁸ Una vez aceptada la renta, el tercero beneficiario puede accionar directamente contra el deudor para exigir compulsivamente el cumplimiento de la obligación (art. 736 y ss. del CCCN), si la misma no es satisfecha por pago voluntario (art. 1605 CCCN). Esta normativa que alcanza a los contratos en particular, debe ser completada subsidiariamente con lo dispuesto en la parte general, para el caso de los efectos de los contratos que contengan estipulaciones a favor de terceros²⁰⁹.

208 Artículo 1027 del CCCN. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva

209 Artículo 1028.- Relaciones entre las partes. El promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él. El estipulante puede: a) exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó; b) resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

Resolución por falta o disminución de la garantía

Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo o de duración sujeto a un plazo incierto, es fundamental que el deudor de la renta de garantía suficiente por la obligación u obligaciones que contrae al tiempo de la celebración del negocio. No hay limitación al respecto, pueden tratarse de garantías personales o reales, según convengan las partes. Lo fundamental aquí es que sean suficientes, con independencia de su naturaleza jurídica. Se puede, aun, pensar en un fideicomiso de garantía como figura jurídica que criticada por parte de la doctrina, luego fue introducida por la reforma del año 2015, en el artículo 1680 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación²¹⁰. El fideicomiso de garantía conocido como garantía "autoliquidable" tiene la ventaja de que el fiduciario puede disponer rápidamente de los bienes fideicomitidos para hacer frente a las rentas incumplidas o no pagadas. Es ideal para los casos en los cuales proponemos la utilización del contrato oneroso de renta vitalicia, pues el incumplimiento del deudor no solo es un incumplimiento patrimonial, sino que pone en riesgo al acreedor de la renta, en tanto se ha celebrado este negocio jurídico para prevenir o mitigar el estado de necesidad en el que puede caer una persona humana en una situación que la vuelva vulnerable.

No obstante, aunque se hayan previsto garantías suficientes, si las mismas no se concretan o las prestadas disminuyen su contenido económico, tanto el dador del capital como sus sucesores universales, quedan legitimados activamente para resolver el contrato e incoar las acciones judiciales tendientes a la restitución del capital (art. 1607 del CCCN).

Resolución por fallecimiento del cabeza de renta

Reza el "Artículo 1608.- Resolución por enfermedad coetánea a la celebración. Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por

210 Artículo 1680.- Fideicomiso en garantía. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

una enfermedad que padecía al momento del contrato, éste se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones."

El nuevo ordenamiento legal somete este contrato a una condición (arts. 343 y ss. del CCCN) resolutoria cuyo plazo de acaecimiento del hecho condicionante se establece en treinta días contados desde la celebración. Si la muerte del "cabeza de renta" acaece dentro de estos treinta días el contrato se resuelve de pleno derecho. No obstante, ese fallecimiento puede ser por mano propia o por una enfermedad que existiese al tiempo de la celebración, esto es que fuere coetánea, con o sin conocimiento de las partes contratantes. El hecho condicionante está perfectamente determinado por la norma. Si el fallecimiento se produce por esa misma enfermedad, pero luego de transcurridos los treinta días o antes pero no a causa de esa enfermedad, como puede ser por accidente, no habrá resolución contractual.

El legislador ha normado una modalidad que sujeta al contrato durante sus primeros treinta días de existencia²¹¹, validez y eficacia (eficacia genética o estructural) a una posible ineficacia dinámica o sobreviniente por el acaecimiento del hecho condicionante de la muerte de la persona cuya vida fue considerada como plazo incierto contractual. Es un rasgo del alea de la renta vitalicia.

II Parte. La contractualidad negocial protectiva

La contractualidad

El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse por escritura pública lo que impone la competencia material notarial. Así analizaremos los recaudos jurídicos que las partes deben cumplir a los efectos de lograr el perfeccionamiento negocial. El supuesto se circunscribe a la transmisión de un inmueble sea del dominio pleno o del dominio desmembrado, transmitiéndose solamente la nuda propiedad.

211 Se puede discutir acerca de si el Código Civil y Comercial de la Nación recogió o no la categoría de la existencia o inexistencia del acto jurídico (arts. 406 y 1639), pero no puede desconocerse la entidad jurídica de esta categoría, específicamente en el ámbito sociológico y jurisprudencial. Al respecto consultar Benavente, María I., en "Régimen de las nulidades", en *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, pág. 113. Kiper, Claudio (Director), Daguerre, Luis O. (Coordinador). Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.

En el tráfico jurídico normal y habitual, el dador que pretende disponer de un inmueble de su titularidad, desde el inicio de la operación debe presentar al notario interviniente el título de propiedad por medio del cual prueba o justifica el derecho real de dominio que ostenta. El estudio de los títulos por el plazo de veinte años, se impone.

Luego de ello se analizan los aspectos registrales para la verificación de la plenitud de ese dominio a los efectos de su disposición y la situación catastral para la verificación de la identidad de la cosa descrita en el título (faz jurídica) con la realidad física del mismo (faz catastral).

Es imposible cumplir con estas obligaciones si el escribano interviniente en la audiencia notarial del otorgamiento y autorización de la escritura pública de contrato oneroso de renta vitalicia no reúne los títulos originales, los certificados de dominio y de anotaciones personales y las constancias catastrales y todos los demás documentos públicos y constancias administrativas, planimetrías, etc., ya que no basta su examen previo, sino que todo ello debe estar reflejado correctamente en el texto de la escritura pública que se proyecta otorgar y autorizar y a disposición plena de las partes, en especial del deudor de la renta que recibe el dominio de la cosa.

Aspectos registrales

El sistema registral argentino ha creado el certificado que goza de reserva de prioridad²¹².

212 Andorno, L. O.; Marcolín de Andorno, M. (1999). *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801: Comentada, anotada*. 2da. ed. Buenos Aires: Hammurabi. Ventura, G. B. (2009). *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*. Buenos Aires: Hammurabi. Villaro, F. P.; Bidart, R. E. (1972). *Legislación registral inmobiliaria. Seleccionada, concordada y comentada*, Buenos Aires, Talleres de Editorial Campos, págs. 30-31. García Coni, R. R. (1978). *El contencioso registral: recursos y subsanaciones*. Buenos Aires, Depalma, pág. 164. López de Zavalía, F. J. (1983). *Curso introductorio al derecho registral*. Buenos Aires, V. P. de Zavalía, pág. 334. Villaro, F. P. (2003) *Elementos de derecho registral inmobiliario*. La Plata, Scotti, P., págs. 103-104. Alterini, J. H. (2004). "Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales", *Revista Notarial* 110 (949), 617-625. Alterini, J. H. (junio, 2005). "Eficacia de los certificados con reserva de prioridad ante medidas judiciales que pretendan impedir la autorización de la escritura respectiva o su inscripción registral". Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, Buenos Aires, Argentina, 15-21. Alterini, J. H. (2004). "Las

El único profesional con competencia material para solicitar certificados registrales es el notario. Su presentación al Registro de la Propiedad, en este caso Inmobiliario, otorga el principio registral de la prioridad, que es garantía de seguridad jurídica en el tráfico negocial inmobiliario²¹³.

También este aspecto se vincula a la buena fe del adquirente, regulada actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación²¹⁴.

Esto hace obligatoria la referencia a la seguridad jurídica estática (al tiempo de la celebración del contrato) y la seguridad jurídica dinámica (del tráfico)

medidas cautelares genéricas y la reserva de prioridad". Anales de la Academia Nacional del Notariado. Sesiones públicas, 135-150. Buenos Aires: Academia. Falbo, Miguel N. (1975). "La certificación registral con reserva de prioridad". Revista Notarial, (819), 349-402. Estudio revisionista presentado al II CIDR, Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974. Fontbona, F. I. J. (1970). "Estudio de cuestiones: ¿se puede utilizar una certificación registral [con reserva de prioridad indirecta] por un funcionario o escribano distinto a quien la solicitó?", Revista del Notariado, (710), 509-527. Fontbona, F.I.J. (1969). "Estudio de cuestiones. Tracto sucesivo. Tracto sucesivo abreviado. Escrituras simultáneas". Revista del Notariado (707), 1301. García Coni, R.R.; Frontini, A. A. (2006). "Derecho registral aplicado". Buenos Aires: Lexis Nexis. Capítulo XII. Principio de tracto continuo. b. Tracto continuo abreviado. 4. El tracto abreviado como excepción al art. 23 de la Ley 17.801. García Coni, R. R. (1977). "Registro de la Propiedad. Certificación relativa al estado jurídico de los bienes y de las personas". Nota a fallo. Revista Notarial, (833), 1163. CNCiv Sala C. 6/4/1977. Moisset de Espanés; Ventura. (1986). "El bloqueo registral y las medidas cautelares". Revista Notarial, (887), 759. Ruiz de Erenchun, A. F. (1974). "Defensa del principio de prioridad mediante la certificación registral con efectos de anotación preventiva del negocio en gestación". Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación. Aporte de la Delegación argentina al II CIDR, Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974. Sarubo, O. (1998). "El certificado registral y el principio de prioridad". Revista Notarial, (931), 751 Scotti, E. (1996). "Certificación registral con reserva de prioridad: La protección del negocio jurídico en gestación". El derecho, (167), 11471153. Sing, J. V. (2006). "El incumplimiento del artículo 23 de la Ley 17.801". Revista del Notariado, (883), 97-104. Zarich, M. F. (1998). "Temas registrales". En Armella, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, (págs. 291-409). Buenos Aires, Ad Hoc (1998).

213 Al respecto consultar Alterini, Jorge Horacio. "Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales, en Revista Notarial editada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires N° 949, La Plata. 2004, pág. 619.

214 Artículo 1902.- Justo título y buena fe. El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, *la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales*, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

(en especial del deudor de la renta y adquirente del dominio y las vicisitudes que puedan sobrevenir luego).

En nuestro país rige la Ley Nacional Registral 17.801/68 cuyo texto fue modificado por la Ley 26.994 de promulgación del Anexo I, el Código Civil y Comercial de la Nación y el Anexo II de las leyes 17.801 y 19.550.

Debe existir una adecuada vinculación entre la función notarial, la registral y la catastral. El armónico funcionamiento del régimen inmobiliario reposa sobre tres pilares fundamentales que sostienen la seguridad jurídica, el registro notarial, el registral y el registro catastral²¹⁵. Cada una de estas áreas tiene sus competencias dadas por ley, se vinculan y se complementan. La actividad notarial cumple su cometido con la autorización de escrituras públicas en legal forma y su inscripción registral (en los casos de existencia de esa vocación del derecho portante en el título)²¹⁶.

El escribano autorizante debe tener los certificados registrales solicitados a la vista en la audiencia notarial de otorgamiento y autorización de la escritura pública de celebración del contrato oneroso de renta vitalicia y debe agregarlos como cabeza de esa escritura, en la matriz y por delante del folio donde comienza su impresión. La publicidad del negocio en gestión y de la reserva de prioridad se efectúa a favor del escribano que autorizará la escritura pública requerida y que los conservará en su propio protocolo.

La reserva de prioridad es una preferencia de interpretación restrictiva y que protege al negocio en gestión.

En nuestro derecho registral, los certificados, las copias autenticadas y los informes son los únicos medios con los que cuenta el tercero para conocer las situaciones jurídicas inscriptas (arts. 22, 23 y 27 de la Ley Registral).

"La distinción entre estas certificaciones está dada por sus diferentes efectos. Los informes y las copias autenticadas producen publicidad noticia y hacen plena fe de la veracidad de su contenido en el momento que se expiden. El certificado, no solo publicita el estado jurídico actual de los bienes inscriptos y de

215 Sabene, Sebastián E. *Registro Catastral*. Zavalía. Buenos Aires, 2013, pág. 15.

216 Conf. Armella, Cristina N. "Mecanismos de seguridad para la contratación inmobiliaria en el sistema registral y notarial argentino". Publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú como versión taquigráfica de la exposición realizada sobre el tema en el Seminario celebrado del 19 al 21 de junio de 2017, en Lima, Perú. Acceso libre en video conferencia en "youtube".

*las personas, sino que origina, simultáneamente con su expedición, una reserva de prioridad, que consiste en garantizar su inmutabilidad por un plazo de validez, que establece la ley registral. Según Moisset de Espanés el certificado 'se proyecta hacia el futuro, para dar seguridad a los interesados, de que el negocio jurídico que piensan celebrar con respecto a esos bienes, no se va a ver afectado por un cambio de la situación registral, como sería la aparición de gravámenes, inhibiciones o embargos posteriores'*²¹⁷.

El certificado de dominio es un instrumento público que goza de fe pública y en consecuencia garantiza al adquirente lo publicitado en él. El certificado es la única forma que tienen los terceros para conocer la situación registral del inmueble conforme lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 17.801.

Pero, no obstante, las extremas bondades de la información brindada por el Registro de la Propiedad con respecto a un inmueble existente dentro de la demarcación territorial de su competencia, el adquirente no puede adquirir el dominio de la cosa inmueble válidamente, solo a partir de la información publicitada en el Registro.

El derecho real se configura por la vía derivativa por actos entre vivos fuera del Registro de la Propiedad y por cumplimiento del título y le modo. La registración queda limitada a la oponibilidad de ese derecho real a los terceros registrales.

No se puede afirmar que el deudor de la renta, que adquiere solamente de la persona que aparece en el último asiento del dominio, adquiere bien, en razón de que existen un cúmulo de recaudos, notariales y catastrales que deben reunirse para que esa transmisión sea válida y eficaz. No existe en nuestro derecho el principio de buena fe registral.

En este caso es fundamental, también, el cumplimiento del tracto sucesivo registral. *"El tracto sucesivo, según Roca Sastre, tiene por objeto mantener el orden regular de los titulares registrales sucesivos, de manera que todos los actos dispositivos formen un encadenamiento perfecto, apareciendo registrados como si derivaran los unos de los otros sin solución de continuidad"*²¹⁸.

217 Moisset de Espanés, Luis. "Certificados e informes del Registro", Revista Notarial Córdoba, 21-66, citado por María Fernanda Zarich, en "Temas Registrales" en *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Armella, Cristina N. (Directora), Tomo III, pág. 306.

218 Conf. Ricardo A. Paurici y Carlos D. Zadoff. "Tracto Sucesivo", ob. cit. en Alterini, Jorge H. (Director), Alterini, Ignacio Ezequiel (Coordinador). *Derecho Notarial Registral e Inmobiliario*,

Significa que los asientos registrales deben confeccionarse de manera que evidencien la sucesión ininterrumpida de los derechos que recaen sobre el mismo inmueble.

Esta es la razón por la cual "... *La mayor parte de las leyes orgánicas de los Registros determinan la necesidad de tener a la vista el título de propiedad y un certificado expedido por el Registro, del que surja la coincidencia, con lo que produce la concatenación; habiendo sido ratificada esta obligación por la Ley Nacional N° 17.801, en su artículo 23*"²¹⁹.

Ello implica que los ámbitos notarial, registral y catastral se retroalimentan en una conjunción inescindible dentro de la cual la identificación física de un inmueble, la existencia de una escritura pública acreditativa de la titularidad del dominio y la información registral, deben confluír simultáneamente en el acto escriturario posterior de transmisión de aquel derecho real.

Caso contrario el dominio que se adquiriera fuera de estas condiciones podrá ser pasible de situaciones controvertidas que involucren al adquirente en contiendas judiciales no queridas. Además, obstará a la configuración de la buena fe por parte de la adquirente.

Ningún adquirente por contrato oneroso de renta vitalicia puede ser compelido a adquirir un dominio en ocasión de un acto escriturario que se pretenda celebrar sin cumplir todas estas instancias que le garanticen la plenitud del ejercicio del derecho real que adquiere. En tanto el dador de la cosa inmueble debe desplegar la totalidad de sus conductas ajustadas a derecho y también de buena fe para proveer al cumplimiento de esa transmisión del derecho real.

Aspectos catastrales

Entre los gastos de la entrega de la cosa por parte del dador, se considera la mensura del inmueble²²⁰.

Tomo IV, pág. 293. La Ley, Bs. As., 2012.

219 Ídem nota 21.

220 Al respecto consultar Rullansky, Gustavo F. en ob. cit., Tomo 4, pág. 127.

La cosa objeto de los derechos reales debe ser cierta, actualmente existente y determinada. Los catastros, hoy regidos por la Ley nacional 26.209²²¹, que establece sus principios constitucionalmente, asumen la valiosa tarea de la determinación de las parcelas que integran una determinada superficie. De esta manera publicitan los documentos cartográficos con los elementos que integran dicha parcela: medidas, superficie y linderos, entre otros. Además del registro de planos, el Catastro es registro parcelario en tanto por las sucesivas cédulas catastrales irán incorporando y publicitando mejoras y otras modificaciones parcelarias.

Aspectos negociales. El contenido de la escritura pública

El contrato oneroso de renta vitalicia celebrado por escritura pública tiene virtualidad real en tanto posee eficacia suficiente para transmitir el dominio o la nuda propiedad del inmueble objeto del mismo²²².

Bajo los parámetros que lo caracterizan es un contrato aleatorio y de tracto sucesivo.

Por ello, puede estar sujeto a las vicisitudes contractuales futuras que pueden tener relación con factores internos del contrato o externos.

Precio vil, precio irrisorio, lesión (aprovechamiento de la ligereza, inexperiencia o estado de necesidad), desproporción en las prestaciones, la simulación, una renta baja o un valor de mercado de la cosa dada en concepto de capital, pueden desvirtuar la finalidad de este contrato.

Por ello adquiere tanta relevancia la intervención notarial. Celebrado bajo el asesoramiento y la imparcialidad del notario será una herramienta eficaz frente a personas humanas que lo perfeccionen en pos de proyectar una solución viable o prevención ante un futuro escenario de necesidad económica.

221 Al respecto consultar Causse, Jorge R. "Ley nacional de catastro", en Alterini, J.H. y Alterini, I. Ob. cit. *Derecho Notarial Registral e Inmobiliario*, Tomo IV, pág. 965.

222 Artículo 1892 del CCCN. Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

Además, deben analizarse los efectos de la resolución contractual de la renta vitalicia cuando la misma es instaurada por el constituyente, y el deudor de la renta haya constituido derechos reales sobre la cosa inmueble transmitida en concepto de capital o que haya enajenado. La aplicación del art. 2014 debe interpretarse a la luz del art. 1079 de la parte general de los contratos, el que predica que la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, pero *"no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe"*.

El texto de la escritura pública por la cual se perfecciona el contrato oneroso de renta vitalicia deberá ser autosuficiente y debidamente integrado por la totalidad de las cláusulas que eviten conflictos posteriores entre las partes.

Los derechos y obligaciones en cabeza de cada una de las partes y en su caso el beneficio a favor de terceros, deben ser volcados al texto escriturario de forma clara y concisa, entendible fácilmente por los sujetos negociales que asumen el contenido de la escritura pública por su otorgamiento ante la autorización del notario, debidamente informados.

Temas tales como la entrega de la cosa inmueble en plena propiedad o del dominio desmembrado, las garantías de evicción y vicios redhibitorios, la pluralidad subjetiva, la prestación o constitución de garantías, la moneda del contrato, el lugar y tiempo de pago, otorgamiento de recibos, derecho de acrecer, la posibilidad de la cesión de la renta, situaciones de resolución y extinción contractual, supuestos de restitución del capital, son algunos de los rasgos que caracterizan al contrato y que deben ser expuestos acabadamente.

La autonomía de la voluntad impera, y lo no previsto por las partes estará alcanzado por las normas supletorias aplicables no solo las que regulan este contrato nominado en particular, sino por aquellos a los cuales remite y aun por las normas generales de los contratos.

No obstante, el trascendente ejercicio de la función pública notarial debe siempre estar atento a la prevención del litigio.

IV. RENTA POTENCIAL

Una alternativa crediticia entre la renta vitalicia y la hipoteca, para personas de edad avanzada

Eduardo Gabriel Clusellas

El fenómeno del envejecimiento de la población que ocurre desde hace más de 50 años, no tiene antecedentes en la historia de la humanidad. De acuerdo a las tablas de envejecimiento poblacional, en el año 2050, por primera vez la población definida en el segmento de "adultos mayores" o población laboralmente pasiva, superará a la cantidad de jóvenes, y eso traerá importantes consecuencias en distintos ámbitos de la vida diaria.

Según la Organización de las Naciones Unidas, desde el punto de vista económico, el envejecimiento traerá consecuencias en las tasas de crecimiento, el ahorro, los mercados laborales, la asistencia prestada por una generación a otra, y fundamentalmente sobre el mercado de jubilaciones y pensiones.

Es interesante resaltar la curva de crecimiento que ha tenido en este siglo el segmento de personas mayores de 65 años. En 1895 -año del primer censo nacional- el porcentaje de adultos mayores era del 2,5%, su aumento proporcional fue constante, con excepción del fenómeno operado en el censo de 1914, cuando la tasa descendió ligeramente al 2,3% producto de una corriente inmigratoria europea integrada fundamentalmente por población joven; en 1960 era del 5,8%, en 1991 del 8,9%; y de acuerdo a los datos suministrado por el último censo, la tasa ascendió al 9,9% computándose 3.587.620 personas mayores de 65 años sobre un total censado de 36.260.130. La proyección indica claramente el crecimiento de estos guarismos, fundamentado en dos índices que influyen de manera ascendente y descendente; por un lado la baja de la tasa de natalidad, y por el otro el aumento de la expectativa de vida. Cuanto más grande es el nivel de desarrollo, mayor es el índice de población pasiva sobre la población general.

En Italia el índice es del 25%, y en otros países como Alemania, Japón, España y Francia, dicho porcentaje ya superaba en 1993 el 20% de la población total.

Un sistema previsional normal, presentaría colapso para mediados de siglo, puesto que solo se encontrarán en edad laboral 4 personas entre 15 y 64 años, mientras que en el año 1950 esa proporción era de 12 activos por cada pasivo.

En nuestro país el riesgo se agiganta, pues debemos agregar los efectos de la desocupación y subocupación que retrae capitales a acumular para sostener el sistema, la evasión de aportes previsionales que según algunas estimaciones oficiales alcanza al 40% entre los autónomos, los sueldos en negro, o la inclusión dentro del sueldo de conceptos no remunerativos que no generan aportes previsionales.

De acuerdo a los datos que surgen del último censo realizado, en la Argentina sobre la población que tiene más de 65 años, el 70% de los mayores eran dueños de sus casas y libres de gravamen.

El siguiente dato no lo proporcionan los censos, pero la percepción general indica que un altísimo porcentaje de los mismos considera insuficiente la jubilación que gozan, y cubren el desfasaje con privaciones. Es por consiguiente un problema creciente, y como consecuencia lógica, ampliamente demandante de soluciones.

Alternativas de financiación tradicionales

Frente a las necesidades de fondos planteadas, pocos y estrechos son los caminos que los mayores pueden recorrer para acceder a algún mecanismo de financiación.

Si bien con el esfuerzo de toda su vida, han realizado ahorros y privaciones tendientes a adquirir su vivienda. Por otro lado, el sistema jubilatorio, los ha condenado a un haber mínimo, que no alcanza a cubrir sus necesidades más elementales.

Frente a tal disyuntiva, aparecen como mecanismos de financiación tradicionales que les permitan acceder a un flujo de dinero líquido los siguientes: a) la solicitud de créditos con garantías tradicionales; b) la constitución de un contrato oneroso de renta vitalicia, c) o simplemente la venta del inmueble donde habitan, y su reemplazo por otro más chico que permita la obtención de una diferencia que sirva de financiamiento para cubrir esas necesidades. Entendemos que el mecanismo que se analizará tiene ventajas sobre las tradicionales.

Mecanismo propuesto

El motivo de este trabajo es proponer una nueva modalidad crediticia, que satisfaga necesidades que hasta ahora no se encuentran cubiertas.

El beneficiario podrá ser cualquier persona humana, pero surge como una alternativa ideal para personas de edad avanzada.

Con este mecanismo, los beneficiarios recibirán una suma de dinero mensual hasta que decidan vender la casa, o hasta que fallezcan, pero continuando habitando el inmueble que tanto significa para sus vidas.

No recibirán más importes que los que realmente necesitan para complementar sus magras jubilaciones, y no deberán destinar lo que reciben para pagar intereses, puesto que los mismos se diferirán en el tiempo, para el momento en que el inmueble sea vendido, o se produzca su fallecimiento.

Esta figura presenta similitudes con la renta vitalicia, pero, mientras que, en la renta vitalicia, normalmente quien la recibe se desprende del bien, trasladando su dominio (y por consiguiente la posesión) a favor de quien debe abonarla, quien la recibe toma a su cargo el alea del contrato, esto es, que la utilidad de su negocio dependerá de la sobrevivencia del beneficiario de la renta. Por otro lado, si el beneficiario de la renta decide vender la casa y rescindir el contrato, no podrá hacerlo, pues la entrega que hizo fue irrevocable y definitiva. Por otro lado, si quien debe pagar la renta no lo hace en término, para que el beneficiario pueda recuperar la casa que tuvo que entregar para constituir la renta, debe ejecutar la garantía, normalmente hipotecaria lo que le insumirá gastos, tiempo y el riesgo de no poder recuperarla ya que en caso de incumplimiento, deberá demandar ejecutar, y competir en el remate con otros postores.

También presenta similitudes con la hipoteca abierta o de monto indeterminado, pues el monto del capital adeudado se irá incrementando mensualmente por la entrega de cuotas de capital, y por los intereses que sobre ese capital se irán acumulando. Dificulta esta instrumentación, la necesidad de establecer un tope máximo a esas garantías, que será objeto de registración.

En realidad, utilizaremos elementos de ambas figuras, pero realizaremos la vehiculización del negocio a través de un fideicomiso, figura que dotará al beneficiario y a el dador de la renta de seguridades especiales, que son las que derivan del patrimonio de afectación, o patrimonio fiduciario.

Los interesados deberán transmitir el dominio fiduciario del bien a un fiduciario, y suscribir un contrato con el financista que les proveerá de fondos mensuales, hasta que lo beneficiarios decidan vender el bien o fallezcan.

El encargo fiduciario va a incluir cláusulas tales como que en caso de incumplimiento del dador en integrar las cuotas, el dominio del inmueble retornará a los beneficiarios, generando a su favor un crédito que deberá ser tasado, y que no será exigible sino hasta que los beneficiarios decidan la venta del bien o hasta que se produzca su fallecimiento. Por otro lado, podrán los beneficiarios vender y gravar el bien, con la intervención del fiduciario, quien en ese acto deberá desinteresar a los acreedores, entregando el remanente a los beneficiarios, o a quienes ellos hayan designado en el contrato de fideicomiso. El acreedor para recuperar lo prestado con más sus intereses, nunca deberá recurrir a la ejecución de la garantía, pues al producirse la muerte de los beneficiarios de la renta, solo debe notificar al fiduciario para que realice el patrimonio fiduciario (la casa), en forma privada, y por el mecanismo previsto en el contrato, pague al acreedor, perciba su remuneración y efectúe el reintegro de los gastos incurridos, y el remanente se lo entregue a los herederos de los beneficiarios de la renta.

Nótese que quien presta el dinero no deberá analizar la capacidad crediticia de quien solicita los fondos, puesto que, al no estar obligados a realizar desembolsos periódicos de dinero, no existe riesgo alguno en este sentido. El riesgo en tal caso se limita a las oscilaciones del valor de las propiedades, que en una economía estable debería crecer a través del tiempo, acompañando la inflación en moneda constante; y a las posibilidades de sobrevida de los beneficiarios de la renta, circunstancia que, debido a las abundantes estadísticas y mediciones existentes, es posible de neutralizar con seguros que cubran longevidades superiores a las normales que impidan recuperar lo prestado con la venta del bien.

Potenciales oferentes de crédito

Las asignaciones jubilatorias, tienen en el mundo cada vez más trascendencia con relación al producto bruto, y esa crisis se va agudizando por el achicamiento de la base de la pirámide poblacional, por la cada vez más temprana jubilación, y por una longevidad que supera con creces la que el

sistema jubilatorio tuvo en cuenta cuando realizaron los aportes quienes hoy se encuentran jubilados.

Los posibles interesados en efectuar la presente operatoria en carácter de dadores, acreedores, o financistas prestamistas, son posiblemente las mismas empresas de Fondos jubilatorios o de seguros de retiro, puesto que ellos reciben de sus clientes los fondos de la misma forma en que se propone la paguen a los beneficiarios en el esquema de análisis. Obtienen de esta forma una renta nada despreciable, con un riesgo normalmente ligado al caso de que el valor de los inmuebles que se entregan en garantía -por la desvalorización de su precio en plaza- sean insuficientes para que a través de una venta privada, alcancen para satisfacer las sumas entregadas con más sus intereses. Pero por otro lado, el posicionamiento en activos físicos neutraliza la alta volatilidad que los bonos que componen su activo representan. Dentro del universo de adultos mayores de 65 años estos dadores seguramente tendrán un mercado potencialmente cautivo, pues los beneficiarios serán en gran parte seguramente los mismos jubilados que, por el sistema de capitalización imperante, están cobrando una magra jubilación.

Un adecuado tratamiento fiscal podría fortificar la figura, pues eliminando impuestos de la operatoria, dotaría a los jubilados de un haber extra, que redundaría no solo en mayor consumo, sino en una menor protección asistencial hacia ese sector de jubilados que podrían cubrir de forma más holgada sus necesidades básicas.

Importantes son las apreciaciones, por similitud con el mecanismo propuesto, por los trabajos sobre hipoteca revertida, en especial el desarrollado por Alberto Guido Servente²²³, que se denomina *La Hipoteca Revertida* publicado en 1995 por la Editorial Abeledo-Perrot.

Elementos a considerar:

a) *Edad*: mientras que las hipotecas tradicionales establecen normalmente una edad máxima para su otorgamiento, en este procedimiento, la edad mínima es fundamental. Como estamos proponiendo que el límite de la garantía sea el valor del inmueble, y que en ningún caso los beneficiarios deban abandonar el inmueble hasta su muerte, es importante analizar la

223 *La hipoteca Revertida*. Alberto Guido Servente. Ed. Abeledo Perrot, pág. 21.

edad mínima del beneficiario, para lograr que la ecuación funcione correctamente. La ponderación de la edad tendrá relación directa con el valor de la renta que se pacte, y del valor del inmueble entregado. Cuanto mayor sea el valor del inmueble entregado en fiducia, y mayor sea la edad inicial, mayor podrá ser en consecuencia la renta que se abone. De todas formas los beneficiarios pueden limitar el monto de la renta a lo que consideren que es estrictamente lo necesario, para no pagar intereses por dinero que no utilizarán, y que comprometerán el remanente para los herederos.

b) *Tenencia*: Los beneficiarios continuarán habitando el inmueble, manteniéndolo en condiciones, y abonando tasas e impuestos (en caso de atraso, el fiduciario informará al dador para que descuente los fondos necesarios para cubrir tales gastos). Este elemento es esencial, puesto que permite a quien al decir americano es "House Rich - Cash Poor" (rico en bienes pero pobre en efectivo) acceder al efectivo mensual, sin perder el placer de vivir en la casa de sus sueños.

c) *Plazo*: El mecanismo propuesto prevé una renta hasta la muerte del o de los beneficiarios, pero la existencia de esta alea encarece notablemente el crédito, y por consiguiente disminuye la renta mensual. La renuncia por parte de los beneficiarios, estableciendo un límite temporal máximo al derecho de percepción de la renta, podría resultar una alternativa para obtener en un beneficio a una renta mayor. La resolución del contrato operará al vencimiento del plazo pactado, y es a partir de ese momento que el fiduciario tendrá que cumplir con el encargo de venta, abonar el crédito al dador, y entregar el remanente al beneficiario en este caso, pudiendo en caso de así desearlo adquirir otra vivienda y hasta repetir el mismo procedimiento por otro plazo menor, entregando el nuevo inmueble como garantía fiduciaria. También alargará el plazo, el hecho de que se pacte una renta hasta el fallecimiento de dos personas, pero podrá amortiguarse su impacto, reduciendo en caso de fallecimiento de uno de ellos la renta en forma proporcional. La tercer alternativa, sería la de asegurar la posibilidad de que la sobrevivida del tomador, y los importes solicitados mensualmente superen los límites previstos como máximos de garantía de acuerdo a los cálculos actuariales.

d) *Pagos*: En este caso de análisis, los pagos se realizarán periódicamente, pero no encontramos obstáculos para que se efectúen en un solo desembolso inicial, p. ej.: para efectuar una operación, o el viaje largamente

soñado, o para pagar una deuda. Tampoco vemos obstáculos para que en algún momento, además de la renta periódica, los beneficiarios soliciten un refuerzo especial, siempre que la garantía y la naturaleza del contrato lo permitan.

e) *Función social*: Históricamente ha sido la familia la que se ha ocupado de asistir a los ancianos. La evolución de la medicina, y del contexto social, hizo que la perspectiva de vida se alargara notablemente en el siglo XX, y nació y se desarrolló fuertemente la asistencia social por parte del estado, que en la mayoría de los países con el transcurso del tiempo, fue mutando en sistemas de autoprotección a través de ahorros capitalizados en cuentas de ahorro de pensión. Pero evidentemente los interesados no dedican todos sus ahorros a engrosar sus cuentas de pensión o seguros de retiro, por lo que esta alternativa, que creemos obtendrá en el mundo gran desarrollo con el transcurso del tiempo, permitirá dedicar una porción de sus "otros ahorros" a engrosar la mensualidad que perciben, sin perder el derecho de ocupar y disfrutar de esos bienes.

f) *Potenciales interesados*: De acuerdo a los datos de los censos que mencionamos en la introducción, y como consecuencia lógica del magro sistema jubilatorio, los adultos de más de 65 años son ampliamente demandantes de soluciones financieras para cubrir sus necesidades más elementales.

g) *Valor de la propiedad*: Más allá de los vaivenes económicos, la densidad poblacional, y la concentración demográfica hacen que el valor de los inmuebles haya crecido en forma sostenida en los últimos 100 años, analizado en moneda constante, y dejando a salvo períodos especiales de crisis puntuales, o devaluaciones que alteran provisoriamente su tasación. Esto permitirá en el transcurso del tiempo neutralizar los efectos de los intereses que deberá pagarse una vez realizado el mismo, y por consiguiente el valor del remanente será también mayor.

En el anexo del presente trabajo y con efecto didáctico se presenta un proyecto de escritura del contrato de fideicomiso sugerido, con el objetivo de realizar un aporte práctico a esta investigación, sobre la herramienta jurídica puesta a disposición de adultos mayores o personas con discapacidad.

V. MOVIMIENTO ASOCIATIVO. NADA SOBRE NOSOTROS SIN NOSOTROS. ACTIVIDAD NOTARIAL

Marcela Viviana Spina

En otro parte de este trabajo nos referimos a la importancia del empoderamiento de estos colectivos en situación de vulnerabilidad. "La palabra proviene del inglés *empowerment* y su significado es potenciación, apoderamiento. El verbo *to empower*, significa dar o conceder poder, facultar, habilitar, capacitar, autorizar, potenciar, permitir..."²²⁴.

La importancia de la participación, de la resiliencia (capacidad de superar las adversidades y seguir proyectando hacia el futuro) para superar las barreras y las situaciones de vulnerabilidad, de la importancia de la contención de la red de apoyos de pares, en fin, el movimiento asociativo de las personas en situación de vulnerabilidad, para hacerse más fuertes, para hacer oír sus voces también colectivamente y convertirse en actores sociales para poder luchar por sus derechos.

Importantes estudios realizados en Francia²²⁵ demostraron que las personas mayores que no se sienten útiles tienen más posibilidad de generar discapacidad. Y en el mismo sentido en Japón²²⁶ se demostró que los mayores de 65 años que no se sienten útiles o no realizan voluntariado social u otras actividades sociales, tienen dos veces más de posibilidades de morir en los siguientes seis años.

Un estudio realizado en Mar del Plata, Argentina, en 2005²²⁷ demostró la importancia de la amistad en las personas mayores, la socialización, los grupos de amigos, la participación e integración comunitaria y por último la formación de redes e integración de grupos organizados de adultos mayores, ayuda a resolver conflictos, problemas que los involucran, tomar decisiones y mejorar sus condiciones de vida.

224 Iacub Ricardo. Capítulo 2, "El poder en la vejez" en Grossman, Cecilia P. Directora. *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el Derecho de Familia*. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 31 de marzo de 2015.

225 Grand, Grosclaude, Bocquet, Pous y Albarede, 1988, citado por Iacub, Ricardo en la obra citada.

226 Okamoto y Tanaka, 2004, citado por Iacub Ricardo en la obra citada.

227 Soliverez, también citado por Iacub.

Existen a nivel nacional e internacional numerosas organizaciones algunas con fines reivindicatorios y luchas por sus derechos y otras simplemente para generar espacios de reunión, de esparcimiento con fines sociales, culturales, deportivos, turísticos y recreativos. Estas organizaciones son CAUSA Y CONSECUENCIA DEL EMPODERAMIENTO, amplían su capacidad de participación política y social y se proyectan como grupo de presión y de poder. Eso es importante para los apoyos y para el proyecto de vida de cada persona mayor, y se puede encarar una etapa de puro deseo sin ya obligaciones, y poder hacer en la medida de sus posibilidades aquellas cosas que lo apasionen.

La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, primera del siglo XXI, se caracteriza especialmente por la participación de personas con discapacidad en su proceso de conformación, y en definitiva redacción, ratificación, aplicación y seguimiento en tal sentido.

En la reciente observación general 27 de noviembre de 2018, el comité de los DPD enfatiza acciones para fomentar, financiar y organizar dichas asociaciones.

Es importante el movimiento asociativo y las organizaciones de la sociedad civil que colaboren, apoyen y promuevan los derechos de las personas con discapacidad, pero se debe distinguir asociaciones *para personas con discapacidad* y directamente *de personas con discapacidad*.

Ya que es fundamental la participación directa de las personas en asociaciones formadas, organizadas, dirigidas y representadas directamente por las personas con discapacidad para poder tomar decisiones, y ser oídas y poder ser la voz, esta vez colectiva, de estos grupos vulnerables.

El notario es el profesional de derecho que deberá redactar los estatutos y reglamentos y dar el formato de las personas jurídicas, que signifique la organización de estos grupos, para poder tener el máximo de virtualidad a través de su forma jurídica, su organización bajo determinados objetivos, su patrimonio, su representación y por último la registración, que es lo que habilita para poder actuar como actor social, participar en los debates públicos, obtener reivindicaciones, e inclusive acompañar y realizar el seguimiento del cumplimiento internacional de las Convenciones de derechos humanos.

Es fundamental para que las personas con discapacidad puedan asociarse, organizarse, representar a dichas organizaciones, el reconocimiento de su capacidad jurídica en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos

de las Personas con Discapacidad. En modo alguno, esta participación podrá perjudicarlos.

En nuestro medio las formas de organización podrán ser asociaciones civiles (arts. 168 a 186 CCCN), simples asociaciones (arts. 187 a 192 CCCN) y las fundaciones (arts. 193 a 224 CCCN).

Todas requerirán para su conformación la redacción de un instrumento público; en la mayoría escritura pública.

Las asociaciones civiles deben ser redactadas en escritura pública obtener autorización estatal para luego inscribirse en los registros públicos.

Las asociaciones civiles se reúnen en entidades de segundo grado: federaciones, confederaciones y cámaras. Las mismas también se pueden reunir internacionalmente.

Las asociaciones civiles y las fundaciones tienen que tener fines de bien común. Es imprescindible que sea socialmente útil, en los términos del art. 14 de la CN y los tratados internacionales²²⁸. No pueden perseguir el lucro como fin principal, ni para sus miembros o para terceros. Deben responder a principios democráticos, no contrarios al orden y la moral pública, no perjudicar bienes o intereses de terceros.

En las fundaciones, el bien común debe ser más calificado, debe proyectarse hacia la comunidad en su conjunto, y expresarse a través del objeto en finalidades que coincidan con las del Estado. Sus actividades deben incidir en el bien común.

Las asociaciones civiles y fundaciones pueden pedir exención de sus tasas de inscripción en el caso de que su objeto sea la promoción de derechos económicos, sociales, culturas y de personas vulnerables, minorías étnicas o de extrema pobreza.

Se inscriben en los registros públicos la constitución, reglamentos, reforma, designación y cambio de órganos de administración, modificación de sede, transformación, fusión o liquidación, prórroga y cancelación. Los bienes deben distri-

228 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Convención Americana de los derechos humanos. Convención de los derechos de las personas con discapacidad. (Art. 29 incs. i y ii) Convención interamericana de los derechos de las personas mayores. (Art. 28.)

buirse entre los destinatarios finales entidades de bien público. Y requieren de fiscalización y controles.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, suscribió el 6 de noviembre de 2018, un Convenio con el Ministerio de Justicia provincial para colaborar en la constitución de asociaciones barriales.

No pueden integrar asociaciones civiles o fundaciones las personas que estén en la lista de terroristas u otros delincuentes internacionales que figuren en registros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Las simples asociaciones deben constituirse en instrumento público o como mínimo en instrumento privado con firmas certificadas ante notario.

En conclusión, la ingeniería asociativa de estas instituciones es también tarea del Notariado, donde cumplirá un rol trascendente como asesor y redactor de estatutos de entidades de bien público en defensa de las personas más vulnerables.

VI. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN EL DERECHO SUCESORIO

Javier Hernan Moreyra

1. Protección del cónyuge y conviviente supérstite en el derecho sucesorio argentino

Conceptos generales

Antes de ingresar en el marco normativo de protección de los derechos del cónyuge y del conviviente supérstite en el marco de la legislación sucesoria de nuestro país, debemos precisar el concepto de ambas figuras.

Aludimos al cónyuge supérstite o sobreviviente como aquel de los esposos que sobrevive al otro, sin importar si el matrimonio se encuentra regulado desde el punto de vista patrimonial por el régimen de comunidad de ganancias o el novísimo sistema de separación patrimonial.

Denominamos conviviente supérstite al integrante de la pareja que sobre-

vive al otro, pero siempre considerando los conceptos que definen a la unión convivencial, y que los encontramos reseñados en los arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación:

"Artículo 509. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo".

"Artículo 510. Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años".

Claramente y como se analizara, el objetivo de estas protecciones sucesorias no será otro que el de procurarle una vivienda al cónyuge o conviviente supérstite impidiendo actos de partición por parte de los restantes herederos que se traduzcan en la necesidad de abandonar lo que hasta el fallecimiento del otro integrante del matrimonio o la pareja, era su centro de vida.

Y como característica general y común a todos ellos, es de destacar que durante el tiempo en que el cónyuge o conviviente supérstite habiten el inmueble, los restantes coherederos no podrán pretender cobrarle ningún concepto en compensación por el uso exclusivo de la vivienda ni canon locativa alguno.

Protección sucesoria del cónyuge supérstite. El derecho real de habitación

El Código Civil y Comercial de la Nación retoma un instituto que se encontraba en el anterior régimen civil, y lo modifica sustancialmente en cuanto a su oponibilidad, efectos y extinción.

El art. 2383 establece que *"El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante"*, marcando grandes diferencias en su regulación con la norma vigente hasta el 31 de Julio de 2015.

Mediante esta nueva protección, el cónyuge que sobreviva al otro va a poder gozar de un derecho real de habitación, con todas las características de este tipo de derechos, el cual no será constituido como resultado de una convención entre partes, sino que está establecido como de fuente legal: es el propio ordenamiento jurídico el que lo crea. Y además, se gozará de pleno derecho, desde el instante mismo del fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda que se pretende afectar al objeto, y ya no será necesario, como sucedía anteriormente, peticionarlo en forma expresa.

Por ende, el cónyuge supérstite puede estar a salvo de cualquier intento de partición del bien o del hecho fáctico de pretender desalojarlo de su vivienda, ya que no se le requiere una manifestación de voluntad que pueda ser considerada de oposición a la partición. Es mas, solo será imprescindible su conformidad para el caso que quiera renunciar a este derecho, peno no, repetimos, para gozar de él.

El cónyuge supérstite no necesita acreditar pobreza o necesidades acuciantes de vivienda para entrar en el beneficio; por supuesto, entendemos que, si posee una vivienda o fondos suficientes para acceder a ella, aunque no esté contemplado expresamente, podría ser obligado judicialmente a aceptar la partición hereditaria, ya que estaría abusando de su derecho, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a la extinción del derecho, la norma no establece, como si sucedía anteriormente, que el mismo se pierda por contraer nuevas nupcias o configurar una unión convivencial, lo que pone de manifiesto lo tuitivo del instituto y se reconoce claramente cuál es el bien tutelado, y la necesidad de proteger la eventual nueva familia del supérstite, en desmedro del derecho hereditario de otros sucesores.

Este derecho aplica aunque el bien haya sido de carácter propio del cónyuge fallecido, o ganancial de titularidad de cualquiera de los integrantes del matrimonio o sólo del fallecido, y claro está, siempre que existan otros herederos que concurran o desplacen, según el orden sucesorio, al cónyuge supérstite.

Protección sucesoria del conviviente supérstite. El derecho real de habitación

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no reconoce derechos de tipo sucesorio al conviviente supérstite, de manera novedosa y recogiendo lo

resuelto en foros y congresos y atento a una realidad social, la que es el desalojo intempestivo por parte de los herederos del fallecido de la vivienda común al conviviente, en el art. 527 se establece un derecho real de habitación a su favor.

Las características de este derecho tienen puntos en común con el anteriormente analizado y también discordancias.

Así se asemejan en que:

- Ambos constituyen derechos reales de habitación
- Son gratuitos
- Reconocen fuente legal
- Son oponibles a los herederos del fallecido

Pero se diferencian en que:

- El derecho del conviviente es temporario, por el plazo de dos años
- Debe ser solicitado por éste
- Debe carecer de vivienda propia habitable o fondos para acceder a ella
- Se pierde en caso de contraer nupcias, formar una nueva unión convivencial, adquirir una vivienda propia habitable o fondos para acceder a ella

Indudablemente, este derecho no hace más que reconocer una situación desventajosa para el conviviente que sobrevive al otro integrante de la pareja, y pone el foco en que esta pérdida no acreciente más su situación de vulnerabilidad.

Entendemos asimismo, como incumbencia notarial, que es posible realizar dentro del pacto de convivencia a que se refieren los arts. 513 y siguientes del Código Civil y Comercial, un acuerdo entre los integrantes de la unión, por el cual se extienda el plazo de dos años, el que debe ser considerado como *un piso mínimo de derecho reconocido*, y no uno máximo, al que ellos consideren adecuado, sin perjuicio de las acciones de los herederos legitimarios forzosos del conviviente fallecido.

Otras formas de protección sucesoria del cónyuge supérstite

Las nombradas no son las únicas formas de protección sucesoria del cónyuge supérstite a la hora de asegurarle una vivienda de manera vitalicia o temporal.

De este modo, el art. 2332 regula y establece la posibilidad de su oposición al acto de partición de la vivienda que constituyó la residencia habitual de los cónyuges, cuando esta ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, y siempre y cuando no pueda ser adjudicada en su hijuela. Este derecho a oponerse a la partición es de carácter vitalicio y solo cesa si el cónyuge superviviente tiene bienes que le permitan procurarse una vivienda.

Complementariamente, los arts. 2381 y 2382 consagran el derecho del cónyuge superviviente a solicitar en el acto de la partición, la atribución preferencial, respecto del resto de los coherederos, de ciertos bienes que componen el acervo sucesorio; y específicamente la última de las normas citadas, establece la posibilidad de requerir la atribución de la propiedad o el derecho a la locación del inmueble que le sirve de morada, con sus muebles indispensables.

Desde el punto de vista notarial y nuestro ejercicio profesional, es fundamental el conocer estos institutos, no sólo para cumplir con nuestro deber de asesoramiento, sino también para, en nuestras escrituras de partición de herencias, establecer claramente en que concepto y carácter se realizan las adjudicaciones de bienes.

2.- Indignidad sucesoria

Conceptos generales

En el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación, no existen las incapacidades o inhabilidades genéricas para recibir *mortis causa*, en el caso de que la transmisión se produzca por imperio de la ley. Las únicas restricciones se encuentran en el caso de la Indignidad para adquirir una herencia y son consideradas de manera unánime, por la doctrina y jurisprudencia, como una sanción legal, por haber realizado el sucesor determinados actos o acciones que la norma considera como disvaliosos y merecedores de tal consecuencia.

El fundamento de tal sanción gravísima está dado en la existencia de vínculos de orden afectivo y solidario los cuales son incompatibles con las acciones realizadas por el que pretende suceder al causante.

En general, todas las causas que determinan la indignidad sucesoria son anteriores a la muerte de la persona cuya sucesión se trata; sin embargo, existen algunas que son motivadas por hechos posteriores al fallecimiento.

El art. 2281 del Código Civil y Comercial de la Nación establece las siguientes causales de indignidad sucesoria:

"Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal".

Asimismo, el art. 1571 establece las siguientes causales de revocación de las donaciones:

"Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del

donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal".

Tal como puede apreciarse con una lectura rápida de ambas normas, se establece claramente que, a pesar de lo que puede sostenerse, no basta con ser pariente en grado sucesible del causante para recibir una herencia: es necesario a su vez que, de algún modo, este pariente haya *merecido* la misma, no ya realizando determinados actos de carácter positivo, sino *no realizando* actos que configuren un reproche por parte del causante, si este los hubiera podido conocer.

Consideración de las personas vulnerables

Acertadamente, a las nociones clásicas de las causales de indignidad que tipificaban la misma en caso de delitos contra la vida o la propiedad del causante, se agregan actos tipificados que reconocen los conceptos de la solidaridad familiar. Claro ejemplo de esta aseveración es la mención en el inciso a) del artículo citado, a los "delitos contra la integridad sexual" no solo del futuro causante sino también de su familia, considerando como tal no solo a la unida por lazos sanguíneos, sino también a la que nace de los afectos, siendo un gran ejemplo de esto la incorporación del conviviente a este respecto.

Adicionalmente, y como forma de protección a las personas más vulnerables, la legislación introduce en el inciso b) el grave maltrato al causante y en el inciso e) a la falta de alimentos debidos o el no recogerlo en un establecimiento adecuado si no pudiese valerse por sí mismo.

Estas precauciones que se establecen, claramente muestran el camino que se ha elegido al legislar esta figura; y que no es otro que la tutela y cuidado que deben dar y brindar aquellas personas que pretenden suceder, al causante.

Claramente, hoy en la República Argentina, un hijo que no se preocupa por sus padres en la ancianidad, que se desentiende de sus obligaciones familiares, que no honra los lazos y principios de la solidaridad familiar, que no respeta a sus mayores, que los agrede ya sea física o moralmente, no puede estar en condiciones de ser considerado un heredero.

A pesar de la amplitud de las causales reseñadas, debemos sin embargo mencionar que esta indignidad sucesoria requiere, para su sustanciación procesal, un legitimado activo que la impulse. Y es por eso que el art. 2283 del Código Civil y Comercial de la Nación sostiene que la indignidad debe ser solicitada por todo aquel que pretende los derechos atribuidos al indigno, dando a entender que es necesaria la presencia de un sucesor con vocación hereditaria para instarla.

Dificultades para el ejercicio de la acción. El rol del notario

Por supuesto, las preguntas lógicas se imponen. ¿Y qué sucede en caso de no haber más parientes vivos? ¿Y si estos parientes vivos no instan, por motivos privados, como por ejemplo el temor, esta acción? ¿Puede el estado a través del Fisco presentarse en el sucesorio del causante y ejercer esta acción? ¿Puede la persona en su vida dejar plasmado en un testamento su deseo de excluir al heredero de la herencia?

Las respuestas a estas preguntas no están claramente plasmadas en el ordenamiento jurídico vigente. Pero, si bien excede el marco de esta ponencia el análisis pormenorizado del derecho sucesorio argentino, debemos contestar, basados en los principios rectores de la Constitución Nacional que nos rige, los tratados internacionales de derechos humanos y el propio Código Civil y Comercial de la Nación que los menciona en su art. 1º, que en caso de no haber más parientes vivos o si estos no instan la prosecución de la acción, el Fisco puede, estando legitimado para ello, promoverla, ya que es repugnante al ordenamiento jurídico de una sociedad civilizada que un heredero que, por ejemplo, sometía a torturas físicas y psicológicas al causante, sea el beneficiario de sus bienes.

Respecto de la posibilidad de que el futuro causante en un Testamento recoja pormenorizadamente y relate los hechos a los que se ve sometido a los fines de la preconstitución de la prueba y que servirá de base a la futura demanda de indignidad, nos pronunciamos asimismo por la afirmativa, ya que respetamos y ponemos en primer término a la autonomía de la voluntad de la persona humana y la necesidad de que sea escuchada, aun después de fallecida. La preconstitución de la prueba también podrá tener lugar también por otros documentos notariales: un acto de autoprotección o incluso a través de un acta notarial de manifestación.

Lamentablemente, el Código Civil y Comercial de la Nación derogó la figura jurídica de la desheredación.

En un sistema de Herencia forzosa, con porciones legítimas cerradas y de asignación obligatoria para los distintos coherederos, resulta innegable la importancia del instituto de la desheredación, justificándose su inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Este procedimiento es un medio idóneo por el cual el testador, al fin y al cabo, aquella persona que mejor conoce las relaciones familiares de su entorno, puede evitar que un heredero que ha realizado ciertos y graves actos, concurra a su sucesión en un pie de igualdad con el resto.

Es por ello, que sostenemos la posibilidad de este testamento a redactar por el causante, que servirá no solo a sus herederos, sino también al Fisco, eventualmente, para promover y tener por probada la indignidad de uno de los pretendidos herederos.

Desde el punto de vista notarial, sostenemos, entonces, que es fundamental la difusión al notariado de esta posibilidad como medio de proteger al causante, el que puede encontrarse en una situación de abandono y vulnerabilidad.

3. Mejora estricta a favor del heredero con discapacidad

Conceptos generales

A la hora de establecer una protección a favor de ciertos sucesores que pueden presentar características de discapacidad, y a los fines de fomentar los lazos de la solidaridad familiar y vincularla con los principios del derecho sucesorio, el Código Civil y Comercial de la Nación instituye una nueva figura de protección a las personas vulnerables de este colectivo, que se denomina "mejora estricta", la que, tomando como base a la mejora del derecho español, estipula que una determinada porción de los bienes comprensiva de las porciones legítimas de los herederos forzosos, serán utilizadas para favorecer a herederos discapacitados.

Ámbito de aplicación

De este modo, el nuevo art. 2448, expresa: *"El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, 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"*.

En los considerandos de la nueva legislación se indica que con esta novedad se trata de armonizar el ordenamiento jurídico interno con documentos internacionales suscriptos por la República Argentina, como por ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que posee ratificación nacional por la Ley 26.378.

Este Documento Internacional adopta el denominado *"modelo social"* considerando que las causas que originan la discapacidad son preponderantemente de tipo social y no científicas, entendiéndose además que las barreras impuestas por la sociedad son las que impiden su verdadera inclusión y la aceptación tal como son.

Se ha discutido en la doctrina nacional si el texto final del artículo citado responde cabalmente al criterio imperante en el tratado Internacional mencionado o si en verdad, no se trata de un ejemplo mas de adoptar un sistema de tipo "médico-rehabilitador".

Por otro lado, es dable destacar que los beneficiados por esta disposición no pueden serlo todos los herederos del causante, sino solo sus descendientes y ascendientes, excluyendo de entre los parientes con derecho a gozar de este beneficio al cónyuge, lo que también ha llevado a plantearse si no existiría una omisión de tipo constitucional violentando el principio de igualdad ante la ley ante esta falta de reconocimiento para gozar de la mejora estricta.

Análisis práctico

Lo fundamental desde el punto de vista jurídico es la instrumentación llevada al terreno de la práctica notarial de este instituto, y para ello debe recor-

darse que en el sistema sucesorio argentino no existe la libertad absoluta de testar, sino que encontramos una organización basada en las porciones legítimas a favor de ciertos familiares del causante.

El art. 2448 bajo análisis claramente establece que debe distinguirse la porción disponible de las porciones legítimas.

De este modo, habiendo descendientes:

Porción disponible: $1/3$

Porción legítima: $2/3$

La porción disponible puede utilizarse para mejorar al heredero con discapacidad o a otro beneficiario.

La "mejora estricta" se calculará tomando como monto máximo la $1/3$ de las porciones legítimas, es decir $2/3$ dividido por 3.

A los fines didácticos y de mejor comprensión, se propone el siguiente ejemplo de cálculo, tomando un caso básico de mejora estricta y de porción disponible a favor de un hijo con discapacidad existiendo otro no discapacitado:

Porción disponible: $1/3 = 3/9$

Porción disponible: $2/3 = 6/9$

Mejora estricta (un tercio de $6/9$ es decir $2/9$)

Restan $4/9$ a distribuir entre los dos hijos ($2/9$ a asignar a c/u)

Resultado final:

Hijo discapacitado: $3/9$ (porción disponible) + $2/9$ (mejora estricta) + $2/9$ (cuota de legítima individual) = $7/9$

Hijo no discapacitado: $2/9$ (cuota de legítima individual)

Por supuesto, existen infinitas combinaciones posibles, teniendo en cuenta la cantidad de hijos, y su concurrencia o no con el cónyuge; y en caso de existir ascendientes, si estos heredan en soledad o concurriendo con el cónyuge, todo ello de acuerdo a las normas del derecho sucesorio argentino.

Lo fundamental es destacar y aplaudir, más allá de las discrepancias y reparos posibles que puedan hacerse sobre la norma, la incorporación de regulaciones de este tipo a las normativas internas de los distintos países, a los fines de dar respuesta y proteger a los grupos y personas vulnerables.

CONSIDERACIONES FINALES

Nos planteamos en la introducción del presente si se aplica también al Notario el deber de otorgar "una garantía de prioridad" en favor de las personas vulnerables, como lo tiene el estado, en un sistema democrático en que las políticas públicas deben atender a estos colectivos de manera preferencial, en condiciones de igualdad con las demás personas, con acciones positivas concretas, y la sociedad aceptar las diferencias como parte de la diversidad humana, sin discriminación y prejuicios, contribuyendo de esta manera a su plena inclusión social.

En la República Argentina, el Código Civil y Comercial, vigente desde 2015, produjo la expansión de las normas internacionales en materia de derechos humanos, incorporadas a la carta Magna, en su reforma de 1994, a través del art. 75 incs. 22 y 23²²⁹. De ella surge claramente el nuevo paradigma común, el reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad) como sujetos de derecho, y del respeto del principio de autonomía de la voluntad y de autodeterminación.

229 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...*

La intervención notarial en todas las etapas del negocio jurídico, proveyendo seguridad jurídica, coadyuva al Estado argentino, para el cumplimiento efectivo y operativo de la protección de los derechos humanos a los cuales se comprometió a través de la incorporación de los tratados internacionales.

El resultado del presente trabajo científico, lejos de agotar todas las posibilidades, pretende bucear en todo el ordenamiento jurídico (*corpus iuris* internacional, normas, reglas, principios, jurisprudencia) para reconocer las directivas en protección de las personas más vulnerables de la sociedad, identificar las alternativas que nos ofrece y proyectarlas en documentos notariales concretos en favor de las personas (contratos, planificación personal o sucesoria). Esta tarea es propia del notario, en cuanto profesional de derecho, a cargo de una función pública, quién debe seleccionar, proponer y elaborar las herramientas jurídicas más acordes a la situación de estas personas, y con ella se convierte en promotor de esos derechos, ejecutando la referida "garantía de prioridad" cumpliendo su rol conforme la ética y la responsabilidad social que implica su investidura.

El notario como profesional de derecho y en ejercicio de una función pública, tiene el deber de garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos fundamentales de todas las personas sin distinción alguna, cualquiera sean sus condiciones y circunstancias. Por esta razón, hoy el desafío es ratificar esta responsabilidad de ser la "garantía de prioridad" en favor de las personas en situación de vulnerabilidad, que es esencial en la actividad notarial del sistema latino, que confiere seguridad jurídica cualquiera sea el ámbito de su actuación, personal, familiar o patrimonial. Con su actuación el notario se constituye como un factor de equilibrio entre los intereses individuales y los intereses colectivos de la sociedad.

Esta garantía que brinda el notario es integral, sea en el ejercicio de los derechos personalísimos o relacionados con intereses económicos, cumpliendo un rol importante de asesoramiento, información y consejo, con las características de imparcialidad e independencia ética, en cada caso particular, ponderando las alternativas posibles y las consecuencias de realizar o no determinado acto. Involucrar a las personas en la opción elegida - ya que más derechos pueden conllevar mayores responsabilidades - en un marco de buena fe y solidaridad, siempre bajo las condiciones de confidencialidad, de secreto profesional y de protección de los datos personales de las personas requirentes.

Asimismo, la actuación notarial debe ser *flexible* en cuanto a la aplicación de una u otra normativa, la que sea más justa y más favorable a los derechos de las personas, en base al principio "*pro personae*" y a la concreción notarial documental, también adaptada al caso concreto, con eficacia probatoria y ejecutiva. En este proceso previo, el notario debe realizar los ajustes razonables a su proceder habitual, conforme las particularidades y necesidades de su requirente, otorgando más tiempo a las audiencias previas, utilizando vocabulario simple y comprensible que facilite la comunicación y el conocimiento certero de la voluntad de la persona, pudiendo incorporar si fuere necesario, lenguaje de señas, elementos tecnológicos, y los apoyos que la persona requiera, para facilitar la expresión de su voluntad.

En este marco, el notario podrá proponer, evaluar y controlar los sistemas de apoyo extrajudicial de asistencia, o la necesidad de actuación de apoyos o curadores designados judicialmente -conforme lo determine la sentencia que restringe su capacidad- y la participación de otras personas que contribuyan para conocer la voluntad y preferencias de la persona, que pueden convertirse en verdaderas "salvaguardas" en el ejercicio de los derechos de personas vulnerables.

Conforme lo expresado, el notario se perfila frente a requirentes en situación de vulnerabilidad, en especial personas mayores y personas con discapacidad, como un *apoyo eficiente* para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos. Evalúa la capacidad de los requirentes y su intervención es determinante para que las personas tengan o no acceso al ejercicio de su capacidad jurídica. En tal sentido, el notariado es un *apoyo institucional* relevante para permitir el ejercicio de tales derechos; su negativa, por el contrario, significaría un verdadero obstáculo o restricción a tales fines. Asimismo, el notariado, como autoridad de control, puede resultar una salvaguarda de acuerdo a la CDPD, en un doble sentido, positivo, cuando controla que el acto responda a los deseos, la voluntad y preferencias de la persona y negativo, impidiendo los abusos y el conflicto de intereses. (Conf. art. 12.4 de la CDPD).

En consecuencia, es dable analizar la viabilidad de establecer mecanismos de protección y su control en *sede notarial*, a través de sistemas de apoyos diseñados por la PCD, en el ejercicio de su autonomía personal y libertad para tomar sus propias decisiones, que actualmente se exteriorizan por vía jurisdiccional.

La competencia notarial no contenciosa facilitaría el procedimiento, por su sencillez, celeridad, inmediatez con el interesado, asesoramiento personalizado,

efectividad y garantía de legalidad que brinda la participación de un notario del sistema latino, que es depositario de la fe pública, dando autenticidad a los hechos sucedidos en su presencia y a los documentos que resulten de su actuación. El notario garantizará, asimismo, que las medidas de apoyo propuestas por la PCD para el ejercicio de su capacidad jurídica, estén acompañadas de las salvaguardias adecuadas y efectivas.

Proponemos un *sistema alternativo*, que brinde a los interesados la posibilidad de optar por instar el procedimiento en sede judicial o hacerlo en el marco de la jurisdicción voluntaria con intervención notarial.

La normativa en protección de las personas vulnerables debe ser aplicada por los jueces, conforme la legislación vigente, y los principios elaborados especialmente para asegurar el *acceso a la justicia* de las personas en situación de vulnerabilidad, a nivel nacional e internacional; pero lamentablemente la actuación jurisdiccional llega tarde, cuando ya se produjo el daño moral y/o económico que suele ser irreparable para la persona. La actuación notarial se presenta como un camino certero para evitar estas situaciones al brindar asesoramiento jurídico, en especial en el ejercicio de los derechos en forma integral, y como artífice de su función creadora de derecho, recepta la voluntad de las partes, y le da forma en una adecuada redacción contractual. Esta labor es trascendente para evitar las consecuencias negativas de la situación de vulnerabilidad; es el ejercicio de una verdadera justicia preventiva.

El notario, como creador de derecho, es el primero en tener que aplicar las nuevas leyes, es el que recoge directamente las inquietudes de los requirentes, puede ofrecer y elaborar documentos jurídicos, que respondan a las nuevas realidades sociales y permitan avanzar en la protección de los derechos, contribuyendo a una sociedad más justa y más inclusiva de todas las personas en situación de vulnerabilidad, como algunas de las propuestas realizadas a lo largo del presente trabajo.

Cuando hablamos de función creadora de derecho, siguiendo a Vallet de Goytisolo²³⁰ nos referimos a la **tarea profesional característica del notario**, la que lo

230 Juan B. Vallet de Goytisolo, Discurso en la inauguración del Congreso Internacional del Notariado Latino, París, 1977, en su carácter de presidente de la UINL. Revista de Derecho Notarial Mexicano N° 78

hace un artífice del derecho vivo, o sea en la práctica del arte de lo justo. Todo arte requiere el conocimiento de la *theoria*, o sea el conocimiento profundo de la realidad, un sentido *poético*, adecuado al propio arte y una *praxis* que facilite la realización de la obra encomendada. Sin el dominio de su correspondiente *theoria*, *poiesis* y *praxis*, no hay artista, ni artífice debidamente capacitado. Nuestro arte es configurar y redactar negocios jurídicos, dentro del derecho que es "el arte de lo justo". Nuestro arte notarial, *ars notariae*, requiere de conocimientos científicos, con nuestras escrituras, se concretan nuevos derechos; se conforma la costumbre notarial, que inspira a otros notarios; se adelanta al legislador, con sugerencia de soluciones, nuevas formulaciones y nuevas instituciones, inspirando las necesarias reformas legales.

Reivindicamos para el Notariado Latino la función social de ser protagonista, comprometido con los cambios y las necesidades sociales. Para ello es indispensable la capacitación permanente, un fuerte compromiso ético con los valores que inspiran el sistema latino, la participación en los procesos de renovación legislativa, promoviendo y creando todas las herramientas a su alcance para poner en ejercicio esos derechos fundamentales. Esta función social debe ser desarrollada tanto por el notario en forma individual, como por sus instituciones notariales organizadas, nacionales e internacionales.

El notariado debe estar involucrado también en la educación, difusión y aplicación de los nuevos paradigmas en la sociedad de su tiempo, y en su proyección como un colaborador eficaz para la protección de los más vulnerables.

Si el notariado cumple acabadamente con esa función social al servicio de las necesidades de las personas más vulnerables, no tenemos dudas que se convertirá en **esencial e irremplazable** en la vida de las personas, además de otorgar con su actuación el plus de certeza: con fuerza probatoria y ejecutiva, conservación y seguridad jurídica. De esta forma seguiremos siendo, el profesional de confianza por excelencia, reconocido por la sociedad como históricamente: "Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios. Esta Institución es el Notariado" (Ley del 25 del Ventoso - 1805), pero adaptada a nuestros tiempos y a las necesidades actuales.

Esperamos haber hecho a través de esta investigación un pequeño aporte a la función social del notariado en relación, a las personas en situación de vulnerabilidad.

ANEXO- PROYECTOS ESCRITURARIOS

Se presentan al único efecto didáctico

I. ACTO DE AUTOPROTECCIÓN DE AMPLIO CONTENIDO²³¹

NÚMERO... ACTO DE AUTOPROTECCIÓN. TOLEDO, ROSA.

En..., a... días del mes... del año..., ante mí, Notaria autorizante, comparecen ... *ROSA TOLEDO* (Datos personales y justificación de identidad conforme art. 306 del CCyC), *SILVINA QUIROGA* (apoderada), *SANDRA PÉREZ Y MARINA GÓMEZ* (testigos)²³² (datos personales y justificación de la identidad conforme art. 306 CCCN. ROSA TOLEDO. INTERVIENE POR SI Y EXPRESA I) Situación personal y familiar, convicciones y sentimientos. 1. Que se llama como queda dicho, que nació en La Falda. en la Provincia de Córdoba. Que tiene 85 años y que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. 2. Que es casada desde hace 63 años con Osvaldo Quiroga, que tienen dos hijas: SILVINA Y ROMINA QUIROGA que constituyen su familia más cercana. 3. Que su hija ROMINA vive en los EEUU desde hace más de 20 años y la visita casi todos los años. 4. Que hasta el presente vive sola con su mencionado esposo OSVALDO QUIROGA²³³, quién se encuentra delicado

231 Situación imaginaria elaborada en base al proyecto de escritura de los autores Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz. "Un acto de autoprotección", publicado en Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, segunda circunscripción. Revista N° 11, año 7, pág. 321, Rosario, 2015. Para más variantes en aplicación práctica sugerida por Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz, en comentario al artículo 60 en el *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Tomo 1, pág. 246, Clusellas, Eduardo Gabriel (coordinador), Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015. También Revista "Noticias" del Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 61, mayo de 2017, pág. 41. Se puede consultar en www.cfna.org.ar.

232 Los dos testigos son obligatorios únicamente porque contiene directivas de salud, para cuyo caso, existe esta exigencia de forma que surge de la Ley 26.529 de derechos del paciente art. 11 y su decreto reglamentario 1089/2012.

233 A diferencia de los testamentos, el otorgamiento de estos actos en forma conjunta por varios requirentes, no se encuentra prohibido. Todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Si su esposo posee discernimiento, podría llegar a otorgar un acto de autoprotección, en igual sentido o participar del mismo, si sólo contuviera directivas anticipadas para la vida cotidiana y fueran del mismo tenor. Por ejemplo: Ingreso a la misma residencia geriátrica. No existe una disposición normativa que lo prohíba. Así lo sostiene la mayoría de la doctrina

de salud y dependiente de cuidados, y su amada perrita NEGRITA²³⁴ (que constituyen su actual núcleo familiar), en el departamento sito en Avenida Urquiza 4527, Piso 6 A de la localidad de Caseros, Partido de Tres de Febrero y a pesar de su avanzada edad, atiende sin dificultades sus necesidades diarias y sus cuestiones personales y patrimoniales. 5. Que su hija SILVINA la visita día por medio, la acompaña en sus trámites y gestiones, en sus controles médicos, y en todo cuanto requiera. Que tiene una persona que la ayuda con los quehaceres domésticos RITA. II. Supuesto de aplicación. Que viene por el presente acto a otorgar disposiciones para el caso de que, en el futuro, por una ineptitud psíquica o física, permanente o transitoria, por enfermedad, accidente o simplemente por vejez, se encuentre imposibilitada de dirigir su persona o administrar sus bienes y quiere organizar su última etapa de la vida de acuerdo a sus deseos, preferencias y preocupaciones que indica en la presente. III. Fundamentación: Que fundamenta el derecho a efectuar las siguientes disposiciones en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos, reconocidos por los principios generales del Derecho, por nuestra Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales a ella incorporados (arts. 19, 33 y 75 inciso 22 C.N.), la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país por Ley 26.378, con rango constitucional a partir de la Ley 27.044, los artículos 1, 2, 60, 61 y 139 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley 26.529 (modificada por Ley 26.742), y la Ley 26.657 y la Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores, receptada por Ley 27.360. IV. Disposiciones. Que son sus deseos y voluntad lo siguiente: PRIMERO: Residencia y vida cotidiana: Que desea continuar viviendo con su esposo: Osvaldo, con quien se casó para toda la vida y hasta que la muerte los separe y con su perrita, que es la alegría de ambos, en el departamento en el que habitan. Que desea cuidar personalmente de su esposo, como hasta ahora con la ayuda de la cuidadora Rita. Y si hiciera falta podría contratarse algún otro cuidador gerontológico más especializado. Que quiere seguir leyendo a su esposo sus textos preferidos de Jorge Luis Borges y haciendo escuchar sus

234 Los animales de compañía son muy importantes para las personas, en especial para las personas mayores. Es tendencia en el derecho nacional y comparado comenzar a otorgarles protección jurídica a estos "sujetos de derechos "no humanos que poseen sentimientos".

tangos predilectos. Que quiere seguir siendo como hasta ahora vegetariana, por lo que solicita se le respete tal alimentación. Que llegado el caso de que no pueda atenderse a sí misma y a su esposo y/ o algunos de los dos requieran cuidados y apoyo intensivo en su vida cotidiana. Es su voluntad: no ser separada de su esposo y de su perrita. Por lo que solicita que en el caso que tengan que ser ingresados en una residencia geriátrica, sería de su preferencia el Hogar San José, de la asociación civil Mensajeros de la Paz, sito en la localidad de Ciudadela, en este Partido, institución, que admitiría a los tres juntos. O en otra, a condición que se arbitren los medios necesarios para que los tres puedan residir juntos. SEGUNDO Designación de la persona en quien deposita su confianza para que la represente y haga cumplir su voluntad aquí expresada: Que, para el supuesto de encontrarse imposibilitada de decidir por sí misma y de expresar su voluntad por alguna de las razones señaladas y sea necesario tomar decisiones con respecto a su persona, atinentes a internaciones transitorias o permanentes, tratamientos médicos o alternativos o a cualquier tema de salud u otra cuestión relativa a su situación personal y/o sobre la administración de su patrimonio, es su voluntad que dichas decisiones sean tomadas por su hija SILVINA QUIROGA; quien es la persona que está siempre a su lado, la acompaña con afecto, se ocupa de sus necesidades cotidianas y en ella deposita toda su confianza. Que su otra hija ROMINA QUIROGA, por la simple circunstancia del impedimento que significa la distancia, ya no la ve a diario, ni la conoce tanto. Por lo que en caso de diferencias de criterio entre ambas, prefiere que las decisiones en su nombre sean tomadas por SILVINA. Al efecto la faculta para representarla ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, en defensa de su voluntad aquí expresada, y para ejercer todos y cada uno de los actos procesales a que tenga derecho según la ley. Deja constancia de que en la fecha ha otorgado a favor de su hija SILVINA QUIROGA, un poder de administración²³⁵ a fin de que colabore con ella en la administración de sus bienes, pago de impuestos, cobro de alquileres y haberes previsionales, y demás gestiones administrativas, judiciales y extrajudiciales si las hubiere. Que es su voluntad que dicho poder subsista aún

235 Poder preventivo de acuerdo al art. 60 CCCN, solicita que siga vigente porque fue otorgado en miras de su autoprotección, no aplicarían arts. 380 y 1329 del Código Civil y Comercial, que complementará la protección de la otorgante.

ante la pérdida de sus aptitudes de autogobierno, y así lo solicita a las autoridades y funcionarios que deban intervenir. TERCERO: Nombramiento de apoyo o curador: Que en el supuesto de que se le inicie algún tipo de proceso judicial de determinación de la capacidad, cualquiera fuera la causa, designa como apoyo y/ o curadora de ser necesario, a su hija SILVINA QUIROGA, cuyos datos obran *ut supra*, cuyo nombramiento solicita desde ya a las autoridades judiciales que deban decidir en dicho proceso. CUARTO: Disposiciones sobre salud. Que, para el caso de sufrir una enfermedad terminal, irreversible e incurable, o haya sufrido lesiones que la coloquen en igual situación, es su deseo no ser sometida a tratamientos invasivos, rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital²³⁶ 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; y que se evite a ultranza el encarnizamiento terapéutico. Que sí admite toda medicación para tratamiento del dolor, aunque acelere su proceso de muerte y también cuidados paliativos que alivien su sufrimiento. Que designa a SILVINA QUIROGA, para que la represente y actúe como interlocutora ante los equipos médicos, consientan o rechacen tratamientos quirúrgicos, clínicos y de cualquier otra especie, a fin de hacer respetar de manera irrestricta su voluntad aquí expresada, y para que adopte toda decisión atinente a su salud que deba tomarse. QUINTO Disposiciones para después de su fallecimiento²³⁷: Que tras su fallecimiento no desea ser velada ni expuesta a la vista de nadie, que desea ser cremada y sus cenizas llevadas a la pequeña capilla de San Roque en su pueblo natal. SEXTO Disposiciones patrimoniales: Que es propietaria de dos inmuebles sitios en calle..., que se encuentran locados y que desea que continúen en alquiler mientras viva. Que es beneficiaria de una jubilación número... y su esposo beneficiario de la jubilación número... Que ambos beneficios pueden ser percibidos por su hija SILVINA

236 Preferimos utilizar la fórmula llamada de "muerte digna" que surge del art. 59 del CCCN para no incurrir en erróneo uso de tecnicismos médicos y dejar claro el sentido de evitar un ensañamiento terapéutico.

237 El CCCN se refiere al derecho personalísimo de tomar decisiones sobre sus restos mortales y sobre la inhumación del cadáver.

en su carácter de apoderada previsional. Es su voluntad que dichos fondos sean administrados al efecto por SILVINA QUIROGA, por lo cual la autoriza a realizar las gestiones necesarias para cobrarlos en su nombre y representación y para aplicarlos a solventar los gastos generados por el cumplimiento de estas disposiciones, así como los necesarios para su subsistencia y salud. SÉPTIMO: Publicidad: Que a efectos de garantizar el conocimiento oportuno del presente otorgamiento y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la escribana autorizante: a) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y autoriza expresamente que se publiciten las disposiciones relacionadas con su salud. b) Que, además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expida otra primera copia para ser entregada a sus hijas SILVINA y ROMINA QUIROGA. c) Que autoriza a SILVINA y ROMINA QUIROGA y a sus amigas SANDRA PÉREZ Y MARINA GÓMEZ²³⁸, a quienes interiorizó del contenido de las presentes a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente, a quienes encomienda que supervisen el cumplimiento de estas directivas anticipadas, inclusive recurriendo a la Justicia. ESTIPULACIÓN: Presente en este acto SILVINA QUIROGA, toma conocimiento y acepta las mandas encomendada en la presente. Todo ello en presencia de las testigos relacionadas quienes afirman que les consta la competencia y discernimiento de la otorgante para este acto y que en la presente se plasma la plena y deliberada voluntad de la otorgante. LEO, a las comparecientes quienes firman de conformidad, doy fe.

238 Se autoriza a una o más personas, con facultad para solicitar primera o ulteriores copias del acto de autoprotección. Y también por ser personas de confianza de la otorgante, significan un mecanismo de control y una salvaguarda tendiente a fiscalizar del cumplimiento de la voluntad, los deseos y la preferencia de la otorgante.

II. CONTRATO DE FIDEICOMISO: RENTA POTENCIAL

[Epígrafe] ESCRITURA NÚMERO DOSCIENTOS. CONTRATO DE FIDEICOMISO (Partes...). En la ciudad y partido... (1)

(1) Se ha adoptado la forma escritura pública, pero el contrato de fideicomiso puede celebrarse bajo la forma de instrumento privado, al que recomendamos dotar de certificación de las firmas. Vale aclarar que de cualquier modo, que en el caso de que el bien ofrecido en garantía sea un inmueble como en este caso, será necesario con posterioridad formalizar la escritura de transferencia del dominio fiduciario y la protocolización del contrato y su inscripción en el registro público que corresponda (art. 1669 CC y CN). Dado que optamos por la forma de escritura pública, a continuación del epígrafe, con número de escritura, partes e identificación del negocio, debe consignarse la data (lugar y fecha), identificación del registro notarial y del notario.

[Comparecencia] *comparecen: Por una parte, como deudor tomador del beneficio y fiduciante, 1) Diego GRANDE, argentino,...; por otra parte en carácter de acreedor o dador del beneficio 2) Fabián ACREEDOR, argentino,... y por una tercera parte como fiduciario 3) Imparcial BUENAFE, argentino,...; (2) los comparecientes personas capaces para este otorgamiento y a quienes identifico en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación, quienes intervienen por sus propios derechos y*

(2) Se redacta la comparecencia en los términos de la técnica notarial. Recordamos que serán enunciados todos los sujetos instrumentales, y acreditada la legitimación de su intervención, para dejar claramente establecida la identificación de los sujetos del contrato. Ellos son el fiduciante y el fiduciario. La justificación de la identidad es privativa de las escrituras públicas, y debe ser consignada por el notario. Va de suyo que si se opta por el instrumento privado las firmas deberán certificarse, identificando a las partes por los mismos medios. Este proyecto de fideicomiso presenta la particularidad de que el beneficiario (que no es parte del contrato) comparece en el otorgamiento a los fines de prestar su consentimiento en el contrato del que surge la obligación garantizada y para aceptar la garantía fiduciaria. El fiduciante (titular actual de dominio) recibirá del beneficiario (acreedor) una renta periódica, y se compromete a transmitir el dominio fiduciario del bien a favor del fiduciario, para que realice el bien, una vez cumplida la condición impuesta en este contrato.

[Enlace] DICEN: *Que pasan a celebrar los contratos de Mutuo y Fideicomiso de Garantía a que se refieren los siguientes artículos:*

I. Contrato de mutuo

[Objeto. Monto] PRIMERO: *Fabián Acreedor, adelante llamado el acreedor, otorgará a Diego Grande, en adelante llamado el deudor, en forma vitalicia y en calidad de préstamo, mensualmente la suma de Mil Dólares Estadounidenses Billetes (U\$S 1.000), (3) con vencimiento el primer pago dentro de los treinta días de suscripto el presente instrumento.*

(3) Las entregas de capital se podrán pactar libremente, pudiendo contemplarse la posibilidad de que el deudor tomador del dinero solicite anticipos o sumas de emergencia hasta determinado monto. También podrá establecerse un tope de tiempo, en lugar de pactarse su vigencia vitalicia, eliminando el alea del contrato consistente en que el valor total prestado supere al valor de realización del bien, supuesto que puede neutralizarse con seguros que operarán en plaza.

[Interés] SEGUNDO: *A partir del día de la fecha y hasta su efectivo pago, el préstamo devengará un interés compensatorio mensual vencido sobre saldos pagadero conjuntamente con el capital, a la extinción del presente contrato. La tasa de interés del préstamo será del... por ciento (...%) nominal anual, excluido el Impuesto al Valor Agregado o cualquier otro Impuesto vigente o futuro, que en caso de corresponder, será a cargo de la parte deudora y se cancelará conjuntamente con el capital. Los intereses se capitalizarán anualmente, de acuerdo a lo previsto por el artículo 770 del Código Civil y comercial de la nación.*

[Restitución del Capital] TERCERO: El capital con más sus intereses no será exigible en vida al deudor. Una vez producido el fallecimiento del fiduciante, el fiduciario tendrá a su cargo iniciar el proceso de liquidación del bien objeto de la garantía, en base al procedimiento que más adelante se describirá, abonando al acreedor el capital con más sus intereses, los gastos de la administración fiduciaria, y demás gastos realizados en ocasión de este contrato, restituyendo el remanente a los herederos del deudor, o a favor de quien este hubiese designado. Podrá el deudor redimir la deuda en forma anticipada, mediante la cancelación total de la misma, en cuyo caso se producirá la extinción del mutuo, y la consiguiente restitución del bien al deudor; o bien solicitar al fiduciario la realización anticipada de la garantía por los mismos mecanismos, para que luego de cancelados los pasivos se le restituya el remanente.

[Gastos y comisiones. Retenciones impositivas] CUARTO: Todas las sumas de dinero que deba reintegrar el deudor por el presente contrato, serán abonadas libres de gastos, y exentas sin retención o deducción de cualquier

impuesto, tasa o gravamen de cualquier índole, presente o futuro, aplicado, gravado, cobrado o retenido por cualquier autoridad. En tal caso, corresponderá al Deudor pagar los importes adicionales necesarios para que los montos netos que perciba el Acreedor (luego de tomar en cuenta la retención o deducción) sean iguales a los montos que el Acreedor hubiera recibido de no haberse requerido la retención o deducción de dichos impuestos o derechos.

[Moneda de pago] QUINTO: Todos los pagos estipulados en el presente contrato deberán efectuarse en dólares estadounidenses de libre disponibilidad y no en otra moneda, reconociendo el deudor en forma expresa, irrevocable e incondicional que la totalidad de las obligaciones de pago a su cargo emanadas del presente préstamo se mantendrán vigentes exigibles hasta tanto el acreedor hubiere recibido la exacta cantidad de dólares estadounidenses que correspondiera ser abonada bajo el préstamo que por el presente se instrumenta. Si de la realización del bien objeto de la garantía no se obtuvieran valores suficientes para hacer frente a la totalidad de los importes adeudados, el valor obtenido por dicha venta será el límite de la deuda, renunciando el acreedor a perseguir el cobro mediante la ejecución de otros bienes del deudor. Para el supuesto de que a través de la puesta en vigencia de una norma legal o por cualquier otra razón, el mercado libre de cambios existente al día de la fecha dejara de existir, o por cualquier otro medio se prohibiera la libre compra y venta de dólares estadounidenses en casas de cambio, y/o entidades financieras, o por cualquier motivo no fuese posible obtener dólares estadounidenses en la plaza de Buenos Aires, la parte que debe recibir el pago a su sola opción podrá optar entre: a) Mantener vigente la obligación de cancelar sus obligaciones bajo el presente contrato solamente a través de la entrega de dólares estadounidenses, o bien b) exigir que se abonen los importes adeudados mediante la entrega de la cantidad de Pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, o de Montevideo, una cantidad tal de Bonos Externos de la República Argentina, de cualquier serie y valor, o cualquier título público nominado y pagadero en dólares estadounidenses emitido por el Gobierno de la República Argentina, de cualquier serie o valor, a elección del acreedor, que vendidos en el mercado de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, equivalga a los dólares estadounidenses adeudados por el deudor bajo el presente contrato. En todos los casos a fin de determinar el valor de las transacciones se deberán agregar los importes correspondientes a los

gastos, comisiones e impuestos de las mismas, los que estarán a exclusivo cargo de la parte que debe abonar. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de cualquiera de los procedimientos antes descriptos sólo tendrá efectos cancelatorios en la medida en que como resultado de los mismos se hubiese recibido la exacta cantidad de dólares estadounidenses que correspondiere ser abonada en la fecha de que se trate. Las partes declaran haber examinado detallada y cuidadosamente la actual situación de los mercados involucrados, especialmente el inmobiliario, el financiero y el cambiario, y manifiestan que han tenido en cuenta la posibilidad de fluctuaciones en dichos mercados y en la cotización de la moneda de pago definida en este contrato, por lo que renuncian expresa e irrevocablemente a invocar imprevisión, onerosidad sobreviniente, lesión enorme, abuso de derecho, en orden a cancelar cualquiera de sus obligaciones de pago bajo el presente contrato con una moneda distinta o con una cantidad menor de aquella a cuyo pago se ha obligado, o cualquier otra causal que tenga por objeto la revisión de lo pactado, o la revisión de las pautas de equivalencia previstas. Consecuentemente, las partes asumen y toman a su cargo cualquier circunstancia presente o futura (incluyendo especialmente circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor) que pudiera afectar el mercado de cambios o mecanismos para la obtención de dólares estadounidenses o impida o haya más onerosa la adquisición de la especie de moneda extranjera debida bajo el presente contrato, obligándose en cualquier supuesto a cancelar la totalidad de sus obligaciones entregando la exacta cantidad de dólares estadounidenses que adeuda por todo concepto.

[Domicilio de pago] SEXTO: Los pagos de las mensualidades al deudor deberán efectuarse en el domicilio del Acreedor Avenida de los Incas 201 de la Capital Federal, o donde este lo indique por escrito en el futuro al deudor, mediante la entrega de dólares estadounidenses billete o transferencia de dólares estadounidenses a la cuenta que indique el deudor sin necesidad de aviso previo o requerimiento de ninguna naturaleza. En caso de optarse por el pago mediante transferencia, todos los gastos involucrados en la misma estarán a cargo del deudor. En caso que las fechas de pago de capital o intereses bajo el presente contrato vencieran en días inhábiles bancarios, los pagos correspondientes deberán efectuarse el día hábil bancario inmediato posterior. El pago final del capital con más los intereses, se producirá en el mismo domicilio que el indicado como del acreedor, y se registrará por las misas cláusulas de esta cláusula.

[Los gastos] SÉPTIMO: Los gastos originados en las eventuales operaciones de cambio serán a cargo de la parte que deba abonar.

[Mora] OCTAVO. El deudor no incurrirá en mora dado que no se encuentra en la obligación de restituir el importe recibido con más sus intereses, mientras viva. La mora se producirá a su fallecimiento, si los sucesores, intimados a satisfacer las deudas no lo efectivizaran en un plazo máximo de 180 días corridos, y en ese caso la mora se producirá de pleno derecho sin necesidad de requerimiento o interpelación alguna.

[Cesión del crédito] NOVENO: El deudor-fiduciante no podrá transferir el presente crédito por ser un contrato vitalicio, en donde la persona del fiduciante es considerada relevante para la formación de la voluntad negocial.

[Cancelaciones anticipadas] DÉCIMO: En la presente operación, el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, dejando a salvo la facultad del deudor de precancelar el crédito en cualquier momento abonando la totalidad de la deuda, incluyendo los intereses devengados hasta la fecha de la precancelación. Asimismo el deudor deberá hacerse cargo de todos los gastos y costos inclusive, aunque no limitado a, los impuestos que dicha precancelación origine, y los que la restitución del bien a su nombre genere. A los efectos del ejercicio de esta opción el deudor deberá comunicar al acreedor su decisión de cancelar el crédito en forma anticipada de manera fehaciente, con una anticipación no menor a cinco días hábiles a la fecha de precancelación.

[Gastos, comisiones] DÉCIMO PRIMERO: Todos los gastos, comisiones, honorarios o impuestos actuales o futuros que graven las operaciones instrumentadas bajo la presente, incluyendo la constitución y cancelación de la garantía fiduciaria que se constituye por este acto, serán a cargo del deudor.

II.- FIDEICOMISO de GARANTÍA. *En este estado el señor Diego Grande y el señor Imparcial Buenafe, convienen en celebrar el contrato de fideicomiso de garantía que se regirá por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y las demás normas que le resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:*

TÍTULO PRIMERO. PARTES.

[Partes] ARTÍCULO PRIMERO: Diego Grande *adquiere en este acto el carácter de fiduciante (3), y así serán llamado en lo sucesivo. Imparcial Buenafe adquiere en*

este acto el carácter de fiduciario, (4) y así será llamado en adelante.

(3) El fiduciante es el propietario del inmueble que asume la obligación de transferir el dominio fiduciario. Podrá ser una persona física que tenga capacidad de disposición de sus bienes. El constituyente de la garantía en este caso es el deudor, pero podría ser un tercero, propietario del inmueble, que garantice la obligación del deudor.

(4) El fiduciario es un tercero que goza de la confianza de acreedor y deudor. Recibe la propiedad del inmueble, y su única función será la de garantizar. No conserva la tenencia de los bienes, ni debe administrarlos.

[Beneficiario] ARTÍCULO SEGUNDO: *Fabián Acreedor asume, en este contrato de fideicomiso, el carácter de BENEFICIARIO, (5) aceptando expresamente las estipulaciones que en tal carácter se realicen en este contrato a su favor.*

(5) Es el acreedor, beneficiado con la garantía, que le permitirá recuperar los valores entregados, con más sus intereses, mediante la realización del bien una vez producido el fallecimiento del deudor.

[Fideicomisario] ARTÍCULO TERCERO: *Asimismo, y por convención expresa, serán fideicomisarios -del remanente que quede luego de vender el bien y abonar al acreedor el capital y los intereses prestados, y los gastos y honorarios del presente fideicomiso, y del fiduciario- los que resulten herederos del fiduciante-deudor (6). El fiduciante-deudor adquiere a su vez el carácter de fideicomisario, o destinatario final -por restitución del bien entregado- para el supuesto en el que extinga el crédito garantizado; o fideicomisario del remanente, en el caso de que voluntariamente instruya al fiduciario para que inicie el proceso de realización de los bienes saldando las deudas, y gastos originados en ocasión de este contrato.*

(6) También se podrá pactar que en este supuesto el fideicomisario sea una persona determinada, con mecanismos de sustitución vulgar para el supuesto de que los designados no existan, o no quieran aceptar dicho carácter al producirse el deceso del fiduciante.

[Patrimonio de Afectación] TÍTULO SEGUNDO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. ARTÍCULO CUARTO: *El fiduciante transfiere simultáneamente en este acto, a favor del fiduciario, el bien consistente en: Una finca, terreno, casa y demás accesorios que contiene...(6). Nomenclatura Catastral:... El inmueble transmitido como consecuencia de este contrato constituye el patrimonio fideicomitado, que queda sujeto a la afectación prevista por el Código Civil y Comercial de la Nación.*

(6) Aquí se aconseja la determinación clara, y de acuerdo a títulos, del inmueble que se transferirá para afectarlo al patrimonio fiduciario. Recordamos que una de las ventajas del fideicomiso de garantía en la posibilidad de utilizar con esta finalidad ac-

tivos no tradicionales para ello. Así, podrán transferirse en fideicomiso bienes que no sean cosas, créditos, títulos valores, facturación futura, etc.

[Fianza - Finalidad exclusiva de garantía] ARTÍCULO QUINTO: El patrimonio de este fideicomiso queda afectado al cumplimiento de la garantía que más adelante se expresa, quedando relevado el fiduciario de administrar y explotar comercialmente los bienes, entendiéndose que la única y específica función que cumplirá será la de asegurar el cumplimiento del fiduciante, en su carácter de deudor, con relación a las obligaciones que ha asumido en este acto como deudor del beneficiario. A tales fines, y en su carácter de fiduciario, se constituye en fiador de las obligaciones que garantiza este fideicomiso, entendiéndose que la fianza que otorga no es personal, sino en su carácter de administrador fiduciario, quedando obligado al pago como fiador con todos los bienes fideicomitados. Queda expresamente establecido que la garantía nunca podrá afectar el patrimonio personal del fiduciario. (7)

(7) La fianza que otorga el fiduciario en este acto puede no consignarse, y se la incorpora en el contrato a los fines de comprometer en extensión de la garantía a todo el patrimonio de afectación. Así, no se extiende al patrimonio personal del fiduciario, pero la garantía comprenderá a los acrecimientos o indemnizaciones o a los bienes que ingresen por subrogación real a los bienes del fideicomiso.

ARTÍCULO SEXTO: La tenencia, administración y explotación del inmueble que se transfiere fiduciariamente, queda en manos del fiduciante, quien en consecuencia, se constituye a partir de la fecha en tenedor del inmueble en forma vitalicia, sirviendo la presente escritura de suficiente contrato de comodato. Dicha instrumentación implica la realización de la tradición del bien a favor del fiduciario, con los alcances que establece el Código Civil y Comercial de la Nación, operándose la misma mediante constituto posesorio. (8)

(8) El fiduciario asciende al carácter de poseedor del inmueble, ya que adquiere el dominio del mismo; el fiduciante, que transmite el dominio desciende a la calidad de tenedor en la relación con el inmueble. Es conveniente que el título de la tenencia quede expreso, a los fines de no generar conflictos acerca de la adquisición de dominio del fiduciario, que requiere de título y modo.

[Objeto del Contrato] TÍTULO TERCERO. OBJETO DEL CONTRATO. ARTÍCULO SÉPTIMO: El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto GARANTIZAR las deudas asumidas por el fiduciante, señor Diego Grande y a favor del acreedor garantizado con este contrato señor Fabián Acreedor, cuya acreencia resulta del contrato de mutuo celebrado simultáneamente con este fideicomiso.

[Selección del Fiduciario] ARTÍCULO OCTAVO: Declaran fiduciante y beneficiario, que la elección del fiduciario ha sido realizada conjuntamente y en razón de la solvencia moral y personal del mismo, para el cumplimiento de las funciones específicas para las que es designado en este contrato, gozando de su confianza, así como que por su calidad moral se trata de una persona cuya imparcialidad es la necesaria para el cumplimiento de los fines de este fideicomiso. (9)

(9) Téngase en cuenta que la confianza que el deudor pone en la figura del fiduciario es importante, y que en este fideicomiso, más que en otros, la imparcialidad es necesaria para dar transparencia al uso de la figura, teniendo en cuenta que en caso de incumplimiento, es el fiduciario quien deberá realizar los bienes, ajustándose al procedimiento de venta que establezcan.

[Cesión] ARTÍCULO NOVENO: El acreedor podrá ceder o transferir de cualquier modo sus derechos, subrogando su lugar, grado y prelación el tercero que resulte cesionario, de lo que notificará expresamente por escrito al fiduciario y al fiduciante, sin que esto implique desobligarse de la obligación de seguir prestando las mensualidades previstas en el presente, salvo autorización expresa del deudor. (10)

(10) Es conveniente prever las cesiones de derechos de los beneficiarios. Consideramos que no pueden prohibirse, por lo tanto, es mejor regular su forma y oponibilidad.

[Plazo] TÍTULO CUARTO. PLAZO. ARTÍCULO DÉCIMO: El plazo de duración de este contrato queda establecido en el máximo legal, es decir treinta años, ó: a) hasta el fallecimiento del deudor; b) hasta la satisfacción total del crédito por parte del deudor; c) hasta que el deudor dé instrucciones al fiduciario de iniciar el procedimiento de realización del bien y el consiguiente pagos de los importes adeudados; o d) que se produzca la mora del acreedor en el pago de las mensualidades; lo que ocurra primero. (11)

(11) Al tratarse de un contrato vitalicio, encontramos la limitación legal del tope de 30 años, el que podrá extenderse en el supuesto de que el beneficiario del cobro de las sumas periódicas sea un incapaz o una persona humana con capacidad restringida, supuesto en el que se podrá extender hasta el cese de su incapacidad. Por otro lado opera una variedad de hechos resolutorios que están descritos en las cláusulas. Los hechos resolutorios consisten fundamentalmente en la muerte del deudor o en la extinción de la obligación garantizada. En consecuencia, se establece un plazo que es igual al del crédito garantizado.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: El fiduciante declara conocer la circunstancia, y así aceptarla, que al producirse su fallecimiento, el fiduciario procederá a la enajenación onerosa de los bienes, conforme las condiciones que más adelante se establecen, extinguiéndose el contrato en consecuencia, continuando sus efectos para dar cumplimiento a la garantía ofrecida.

[Obligaciones del Fiduciante] TÍTULO QUINTO. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE: Conforme resulta del contrato de mutuo *que este fideicomiso garantiza, y como obligación especial aquí convenida, el fiduciario transfiere el dominio del inmueble relacionado, quedando a su cargo todos los gastos que dicha transmisión origine; además, el fiduciante deberá:* 1) *Aceptar la deducción de los importes que deba recibir las sumas que el fiduciario hubiera debido desembolsar en cumplimiento de su función, o que se hubieran devengado en cumplimiento del fideicomiso.* 2) *No intentar la revocación judicial o extrajudicial del presente contrato, ni demandar la reivindicación de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado, mientras subsista la deuda que garantiza.* 3) *Mantener al día todos los impuestos, tasas y contribuciones que graven a los bienes fideicomitados, lo que por ser un acto de administración de los bienes, queda a su exclusivo cargo, asumiendo además dicha obligación en su carácter de comodatario. Si el fiduciario comprobara el incumplimiento de dichos pagos, procederá a deducir dichos importes de las sumas que debe abonar como mensualidad.* 4) *No podrá el fiduciante realizar ningún acto de disposición material con relación a los bienes del patrimonio fideicomitado sin la previa y expresa conformidad por escrito del fiduciario. En caso de que los actos referidos pudieran generar una disminución del valor de los bienes, deberá contar además con la conformidad del beneficiario. No podrá operarse la retransmisión de los bienes por el fiduciario al fiduciante, si la expresa conformidad del acreedor-beneficiario que este contrato garantiza.*

[Derechos del Fiduciante] ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: Derechos del fiduciante: 1) *Verificar el estado de dominio de los bienes fideicomitados, así como ser notificado de cualquier medida cautelar o agresión que dichos bienes sufrieran mientras se mantenga el dominio fiduciario, así como ser notificado de cualquier actividad judicial o extrajudicial desarrollada por el beneficiario con relación a este contrato.* 2) *Solicitar como tercero interesado las medidas judiciales que crea convenientes a los efectos de ejercer la defensa de los bienes fideicomitados.* 3) *Cancelado el crédito que se garantiza, en tiempo y forma debidos, exigir extrajudicial o judicialmente la retransmisión de la propiedad de los bienes, en su carácter de*

fideicomisario, si el fiduciario no la operase por su propia voluntad. 4) El fiduciante podrá incorporar al patrimonio fiduciario otros bienes que vea convenir, sea cual fuere su naturaleza, inmuebles, muebles, semovientes y locomóviles, créditos y derechos, con el objeto de aumentar la garantía sin necesidad de autorización alguna, pudiendo cambiar la garantía ofrecida, mediante la restitución y reemplazo, o permutación de los bienes que componen el patrimonio de afectación, si expresamente es autorizado por acreedor-beneficiario.

[Derechos del Fiduciario] ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Derechos del Fiduciario: 1) *Verificar el normal cumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor, con relación al contrato de mutuo garantizado, así como con relación a las demás obligaciones garantizadas con este contrato. 2) Repetir mediante retención de las sumas que el acreedor debe abonar al deudor-fiduciante los importes que hubiera desembolsado para la conservación de los bienes, o los gastos en que hubiera incurrido en el cumplimiento de su función. Mientras eso no suceda, dichos importes generarán un interés igual al establecido por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos. Los importes que le sean debidos, estarán garantizados además con los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario. 3) Designar a los profesionales que estime convenientes para proceder al ofrecimiento público en venta de los bienes, martilleros, corredores o intermediarios, determinando a su solo arbitrio los honorarios que percibirán los mismos. Designar a los profesionales que crea convenientes en la celebración de los contratos necesarios para proceder a la venta de los bienes, abogados, notarios, agrimensores y demás profesionales que intervengan en la preparación y celebración del contrato de compraventa de los bienes fideicomitados, determinando a su solo arbitrio los montos de su retribución y la forma de pago. Realizar las publicaciones y publicidades que crea convenientes a los efectos de la enajenación de los bienes, en caso resultar menester su enajenación para la realización del pago al acreedor. 4) Cumplido el plazo, o verificada alguna de las condiciones resolutorias, deberá, ya sea transferir el dominio al fideicomisario -en el caso de que se abone totalmente los importes adeudados-, o iniciar el proceso de realización previsto en este mismo contrato, entregando el remanente a los fideicomisarios, siendo los gastos que dicha transmisión genere, soportados por el adquirente de los bienes. En caso de negativa por parte del fideicomisario designado a readquirir el dominio pleno en su carácter de destinatario final de los bienes, por renuncia a ese derecho, podrá el administrador fiduciario hacer abandono de los bienes fideicomitados, o realizarlos, deducir los gastos incurridos y consignar judicialmente el remanente a nombre del fideicomisario.*

[Obligaciones del fiduciario] ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: Obligaciones del fiduciario: 1) *Arbitrar los medios necesarios para que el dominio de los bienes fideicomitidos no se vea limitado, restringido o afectado por acción de terceros, ajenos a este contrato.* 2) *Ejercer las acciones legales que corresponden al propietario para la defensa del dominio de los bienes fideicomitidos.* 3) *Enajenar los bienes en caso de fallecimiento del deudor, o de verificarse algunas de los supuestos de extinción del contrato, de conformidad con el procedimiento de venta que mas adelante se establece.* 4) *Verificada la venta de los bienes, pagar los importes que adeude el fiduciante al beneficiario, dentro de las cuarenta y ocho horas de percibido el precio de la venta.* 5) *Entregar el remanente del precio de venta percibido al fideicomisario.* 6) *Dar fiel cumplimiento al procedimiento de venta de los bienes establecido en este contrato.* 7) *No renunciar a su carácter de fiduciario en forma intempestiva, y sin la previa conformidad de fiduciante y beneficiario, expresada en forma escrita. En caso de convenirse la aceptación de su renuncia, operar los medios necesarios para la transmisión de los bienes al fiduciario sustituto.* 8) *Realizar los bienes que componen el patrimonio fiduciario, de acuerdo con las formas y prioridades que mas adelante se establecen.*

[Obligaciones de los beneficiarios] ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: DEBERES DEL BENEFICIARIO: 1) *Acreditar periódicamente al fiduciario acerca de la forma de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contrato de mutuo.* 2) *No iniciar acciones judiciales tendientes al cobro del crédito que con este contrato se garantiza.*

[Derechos del beneficiario] ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: DERECHOS DEL BENEFICIARIO: 1) *Exigir al fiduciario la realización de los bienes fideicomitidos, una vez verificado el vencimiento del plazo, o el acaecimiento de algún hecho resolutorio, de conformidad con el procedimiento de venta pactado.* 2) *Percibir los importes que se le adeuden por el mutuo garantizado con este contrato, en concepto de capital, intereses y accesorios, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la venta de los bienes, y percibido el precio por el fiduciario.* 3) *Solicitar judicialmente todas aquellas medidas conservatorias y acciones que correspondan al fiduciario, y que tenga por objeto la conservación de los bienes fideicomitidos, en caso de que las mismas no sean ejercidas por el fiduciario.*

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO: *La gestión del fiduciario será remunerada con el cinco por ciento (5%) del importe de la venta del bien entregado en garantía, que a los efectos impositivos se estima en pesos cien mil (\$1.000.000). Tendrá además derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la realización de la ga-*

rantía, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos, los gastos en que el fiduciario incurriera al realizar los trámites de la administración. (12)

(12) En este caso, la actividad del fiduciario es onerosa. Las partes pueden pactar libremente la forma de retribución del fiduciario y su cuantía. Puede ser un porcentaje determinado de la deuda, o del monto que se obtenga en caso de venta, estableciendo claramente la forma de valuación de la base de retribución; podría también convenirse una suma fija.

[Cesación del Fiduciario] ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO: *El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación, de las cuales, especialmente se reglamenta acerca de: Por renuncia, la que deberá ser aceptada por fiduciante y beneficiario, quienes de común acuerdo designarán al fiduciario sustituto. La renuncia será presentada con una anticipación no menor de tres meses. La renuncia sólo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando como consecuencia de la misma haya transferido los bienes cuyo dominio fiduciario se encontrare inscripto a su nombre. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá en primer término conforme lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establecen los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.*

[Sustitución del Fiduciario] ARTÍCULO VIGÉSIMO: *En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, las partes designaran un fiduciario sustituto. A partir de la aceptación del carácter de fiduciaria, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitido, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiere producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesario el reemplazo del administrador nuevamente, el sustituto será designado a propuesta de beneficiario y fiduciario, conjuntamente.*

[Procedimiento de realización de los bienes] ARTÍCULO VIGÉSIMO PRIMERO: *El fiduciante y el fiduciario dejan expresamente establecido la realización de los bienes fideicomitados se hará del siguiente modo: Los bienes solo podrán y deberán ser enajenados a título oneroso por el fiduciario, una vez acreditado en modo fehaciente las causales de extinción del contrato consistentes en: a) el cumplimiento del plazo máximo previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación de 30 años; b) la muerte del deudor; o c) el expreso pedido del deudor de anticipar el mecanismo de realización de los bienes. En los restantes supuestos de extinción del contrato de satisfacción total de la deuda, intereses, honorarios del fiduciario y gastos; procederá e restituir el bien a cabeza del fiduciante deudor. En el restante supuesto de extinción*

causado por el incumplimiento de 3 períodos de pago de cuota mensual por parte del acreedor, restituirá el bien al deudor, previa constitución de gravamen hipotecario por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento de los importes nominales abonados por el acreedor al deudor, sumas que el deudor deberá reintegrar dentro del plazo de cinco años sin interés. (13) En los casos que corresponda, el administrador fiduciario quedará facultado a vender los bienes conforme a los parámetros que seguidamente se convienen: a) La venta se realizará por oferta privada (14), con la intervención de las inmobiliarias titularidad de los Martilleros José Manuel SEGURO con domicilio en Avenida de los Negocios 33, de la Capital Federal, cuya intervención es dispuesta por el fiduciario, y María Teresa SOLVENTE, con domicilio en Belgrano 225 de la Ciudad de San Isidro, cuya intervención ha sido dispuesta por el fiduciario. En caso de que alguno de estos martilleros rehúse su intervención, deberá designarse otro por la parte que ha designado al rehusante. Constatada la mora y la falta de pago previa intimación, el fiduciario indicará a los martilleros designados la puesta en venta de los bienes. La venta se realizará con una base de CIEN MIL DÓLARES BILLETE ESTADOUNIDENSES (u\$s 100.000), que deberá abonar el comprador en dinero efectivo, no pudiendo transcurrir en el proceso de la transacción más de cuarenta y cinco días. A la firma del boleto de compraventa, se requerirá el pago de al menos el veinte por ciento del precio, y el saldo no podrá diferirse en más de los cuarenta y cinco días previstos para la finalización de la operación de venta. La base aquí convenida se mantendrá durante el plazo de dos meses contados desde la fecha de iniciación del procedimiento de venta. En caso de no obtenerse la venta, a partir del primer día del tercer mes del procedimiento, la base disminuirá en un cinco por ciento, quedando en la suma de Noventa y cinco mil Dólares Billete Estadounidenses (u\$s 95.000); en caso de no haber obtenido la venta, trimestralmente se operará una disminución del cinco por ciento de la base. El fiduciario asegurará la debida publicidad de la oferta mediante avisos que se publicarán en portales digitales, y en el Diario La Nación, al menos dos veces a la semana, desde que se inicie el procedimiento de venta. e) El fiduciario deberá intimar la restitución de la tenencia de los bienes a su tenedor, dentro de los cinco días de producida la mora que faculta la venta de los bienes. En caso de que el tenedor no restituyera los inmuebles al dueño fiduciario, procederá al demandar la restitución judicialmente, quedando facultado para exigir el lanzamiento. f) Una vez obtenido el mejor postor, se procederá a celebrar el boleto de compraventa, en el que no podrá financiarse el pago del saldo de precio por más de treinta días, contra el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, o mediante la transmisión de dominio de los bienes fideicomitidos conforma a su naturaleza. g) percibido el precio, el fiduciario procederá a cancelar las deudas

que existieran a favor del beneficiario. Desinteresado el acreedor, el remanente tendrá el destino aquí establecido.

(13) En el fideicomiso de garantía es importante establecer claramente como se verificará la mora (en este caso del acreedor). Optamos por objetivizar la mora en la persona del fiduciario, quien para constatar el hecho, debe intimar de pago al acreedor. Consideramos que en caso de dudas, el fiduciario debe abstenerse de realizar los bienes. Por eso, también es importante que la obligación garantizada tenga claramente establecido el plazo, para no tener que acudir a un incidente judicial de fijación de plazo.

(14) La selección del procedimiento de venta es libre. Aquí se designan dos martillos para realizar la venta y se establece una base, para proceder a una venta privada. Puede optarse por otros procedimientos, a cuyo efecto, remitimos al procedimiento de venta establecido en los otros modelos; puede hacerse una licitación por sobre cerrado; establecerse publicidad mínima; determinar la base de venta, etc.

[Liquidación] ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO: LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO: El patrimonio fiduciario se liquidará conforme su resolución reconozca como causa: 1) el pago total de la obligación garantizada; 2) el vencimiento del plazo, o el cumplimiento de la condición. En el primer supuesto, desinteresado el administrador fiduciario habiéndosele reembolsado los gastos en que hubiera incurrido, este transferirá el dominio a los fideicomisarios designados, o a favor del mismo fiduciante deudor. En el segundo supuesto, realizados los bienes en cumplimiento de este pacto de fiducia, deducidos los reembolsos de gastos al fiduciario, el remanente se entregará a los fideicomisarios, conforme lo aquí establecido.

[Jurisdicción y Domicilios] ARTÍCULO VIGÉSIMO QUINTO: *Para todos los efectos derivados del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios del departamento judicial la Ciudad de Buenos Aires, constituyendo domicilios especiales en los enunciados al inicio de este contrato, en los que se tendrán como válidas las notificaciones judiciales o extrajudiciales cursadas.*

CONSTANCIAS NOTARIALES: *Y yo el autorizante hago constar: Que el presente contrato de fideicomiso reviste el carácter de oneroso en virtud de que la función del fiduciario es remunerada.*

LEO a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

Nota: Los espacios en blanco han sido dejados al solo fin didáctico, y no se corresponden con la técnica notarial.

BIBLIOGRAFÍA

Se especifican únicamente obras completas consultadas, el resto de la bibliografía y materiales digitales consultados, constan en notas aclaratorias a pie de página.

- Arazi, Roland. "Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y a los procesos en trámite en el derecho de familia", *Revista de Derecho Procesal*, 2015-2, pág. 31.
- Areán, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, 2001.
- Armella, Cristina. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*, Ad-Hoc, 1998 (primera edición).
- Armella, Cristina y Esper, Mariano, *Summa Notarial Registral e Inmobiliaria*, 6 tomos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- Armella, Cristina (Directora), Esper Mariano (Investigador), *Máximos referentes jurisprudenciales CSJN. Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- Armella, Cristina y Cosola, Sebastián, *Abordaje teórico-práctico de la Ley de mayoría de edad-Ley 26. 579*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2011.
- Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 9° Ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- Bidau, José F., "El derecho de ambos cónyuges de exigir el reintegro del valor no invertido de sus bienes", p. 445, núm. 3, *Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1946.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Bossert, Gustavo, "Alimentos de hijo menor: asignación de uso de un inmueble del alimentante", LL 1992-A-789.
- Bueres, Alberto J., Causse, Federico, Pettis, Christian, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*, Hammurabi, 2015.
- Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomos 1 y 2, Hammurabi, 2014.
- Caló, Emanuele, *La planificación patrimonial internacional del derecho de familia y sucesiones*, FEN, La Plata, 2014.
- Carminio Castagno, José Carlos, RdN 927 (enero-marzo 2017).
- Cifuentes, Santos, "El bien de Familia", LL 108-1050.
- Clusellas, Eduardo Gabriel (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario, anotado y concordado*, Modelos de redacción sugeridos, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.
- Davobe, María Isolina, *Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Astrea, Buenos Aires, 2017, 2da. Edición.
- Díaz de Guijarro, Enrique, "La restitución de los bienes propios del marido, cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", J. A., t. 75; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., *Manual de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Guastavino, M., p. 26.
- Famá, María Victoria, "¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista por el art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales?", RDF, N°15, 1999.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y Persona*, Astrea, Buenos Aires, 2015, 5ta. Edición actualizada.
- Grosman, Cecilia P., "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio" en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Lagomarsino, Carlos A. R y Salerno, Marcelo U, T. II. Universidad BA, 1994, p. 458 y 459.
- Grosman, Cecilia P., directora, *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 31 de mayo de 2015.
- Gurfinkel de Wendy, Lilian N. (directora), *Summa de Derechos Reales*, varios tomos, Abeledo-Perrot, 2012.
- Javier, Francisco y Molins, Canal, "Atribución del derecho de uso de vivienda familiar en procesos de separación, nulidad y divorcio", Editorial CreateSpace Independent Publishing Platform, 10 de marzo de 2014.
- Jornadas Notariales Argentinas 1944-2008*, FEN, Primera edición, 2010.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes*, Segunda Parte, Análisis de Doctrina y jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 136 y ss., 2015/2016.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 385.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa, Lloveras, Nora, *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Molina de Juan, Mariel, *Alimentos*, 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013.
- Lasarte, Carlos, *Prácticum de Derecho Civil. Derecho de personas y Familia*, segunda edición, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- Levy, Lea y Bacigalupo de Girard, María, "La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil", en *Revista de Derecho de Familia* N° 57, octubre de 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Llambías, Jorge J. y Alterini, Atilio A. *Código Civil Anotado*, Tomo III A.
- Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil - Parte General*, t. I, núm. 128.
-

DOCTRINA

- Llorens, Luis Rogelio y Taiana de Brandi, Alicia, *Estipulaciones y disposiciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz, *Derecho de Autoprotección*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.
- López de Zavalía, Fernando, *Teoría de los contratos*, Tomo I, Parte General, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1984.
- Lorenzetti, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 308.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte IV, t. 1, N° 412.
- Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, T II.
- Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, N° 189 b) y 194, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Medina, Graciela, "El orden público en el derecho de familia", LL 10/11/2015.
- Mustapich, José María, "Bien de Familia", JA, 1956-I-153.
- Neri, Argentino I., *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Vol. 2, Instrumentos, Vol. 3. Escrituras y Actas, Vol. 4. Protocolo. Títulos, Depalma, 1969/1980.
- Núñez Lagos, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 1967.
- Palacios, Agustina, Directora, *Capacidad Jurídica. Discapacidad y Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- Peces-Barba Martínez y otros, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Pérez Rincón, Socorro y Tello i Robira, Rosa (eds.), *¿Derecho a la vivienda? Miradas críticas a las políticas de vivienda*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil*, sobre el tratado de Planiol, La Ley, t. IX, N° 889.
- Rivera, Julio César, Medina, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, varios tomos, La Ley, 2014.
- Saux, Edgardo, "Conflicto entre derechos fundamentales", LL, 2004-A-1078.
- Scatolini, Luciano, *Hábitat, hacia un nuevo paradigma urbano*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2014.
- Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 5° Ed. act., Astrea, Buenos Aires, 2006.
- Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- Zito Fontán, Otilia del Carmen (Coord.), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

CONFERENCIA DEL
PROF. SANTIAGO
KOVADLOFF

Muchas gracias.

Muchísimas gracias por la calidez de esta recepción, comparto con ustedes esta oportunidad tan grata para mí de intercambiar ideas.

Es cierto que pensar es una actividad infrecuente pero indispensable, de manera que poder llevarla a cabo entre nosotros me parece que puede ser fructífero, sobre todo en este marco, en el marco del Colegio de Escribanos, al que yo estoy vinculado en Buenos Aires, ahora paso a estarlo aquí con ustedes.

Siempre persuadido de que toda actividad que esté vinculada a la ley en un país como el nuestro es indispensable, puesto que se trata, fundamentalmente, de preguntarnos -y cuando podamos de responder- si la relación entre la ley y el poder puede seguir siendo en la Argentina lo que es.

Entiendo yo que es indispensable que el poder político esté sujeto a la ley, de lo contrario, cuando la ley es la que está sujeta al poder político todo deriva en corrupción, en anarquía, en intereses fragmentarios y en la subestimación del ideal de ciudadanía.

* Transcripción de la conferencia brindada en el marco de la 41 Jornada Notarial Bonaerense, que se desarrolló en la ciudad de Tandil entre el 2 y el 5 de octubre de 2019.

Quería yo comenzar esta reflexión, que está orientada, fundamentalmente, hacia la noción del cambio, de lo que puede significar el cambio como desafío de nuestro tiempo.

Quisiera comenzarla yo con una mención acerca de ese desafío extraordinario que es la construcción de ciudadanía.

La idea del ciudadano que como ustedes saben es muy antigua, tiene por lo menos 2.500 años puesto que se remonta a Grecia, sufrió muchas transformaciones pero preservó uno de sus sentidos fundamentales, desde el tiempo en que la propuso en forma explícita y teórica Aristóteles, en Atenas.

Esta idea, que ha perseverado a lo largo del tiempo, es la que sostiene que un ciudadano se construye fundamentalmente como tal mediante el reconocimiento del otro como parte sustancial de su propia identidad.

Es un ciudadano que no puede prescindir de su prójimo para poder construirse como sujeto; lo que la mirada del otro hace de nosotros se llama significación, y en la medida que el otro nos significa, a medida que para el otro ganamos significado, pues entramos en el orden de la interdependencia.

La interdependencia es la condición primaria de la generación de la política. La política no es el espacio primordial del poder, es el espacio primordial del consenso; puede haber poder sin consenso, es muy difícil, en cambio, que exista consenso sin poder, pero cuando el consenso está unido al poder, entonces, estamos dentro de un régimen democrático.

Así como el pensamiento es infrecuente, también es infrecuente la democracia. Es un régimen muy difícil, es un régimen que a veces nos sentimos tentados de llamar improbable y hasta imposible por las dificultades que encierra. Me refiero a la democracia republicana.

Y si de cambio vamos a hablar, justamente hoy en día uno de los cambios primordiales al que asistimos mundialmente es la crisis de las democracias republicanas.

Hoy, en el mundo de hoy, vemos que los grandes regímenes políticos que han asentado su desarrollo en el ideal de la democracia republicana están atravesando una crisis de credibilidad y de funcionalidad pocas veces vista desde el fin de la segunda guerra mundial.

En Europa, en los Estados Unidos, en América Latina, pero primordialmente en las naciones que fundaron el ideal de la democracia republicana, como

los Estados Unidos, hoy advertimos que los liderazgos políticos han retrocedido hasta las formas más primarias de caudillismo.

A veces, las conductas que advertimos en el Presidente de los Estados Unidos, nos resultan a nosotros extraordinariamente familiares, puede ser que muchos norteamericanos se sientan perplejos delante de las cosas que puede decir un Trump, pero a nosotros nos podrá disgustar pero no resultar extraño.

¿Y por qué no nos resulta extraño? Porque la subestimación de las Instituciones es el eje vertebrador del discurso descalificador del Presidente de Estados Unidos.

Cómo es que las democracias, en un país como ese, llegan a perder credibilidad al punto de que una mayoría de ciudadanos son capaces de votar a un hombre como este, qué es lo que contribuye a que la pérdida de vigencia de los ideales democráticos republicanos se acentúe de la manera en que se acentúa en Estados Unidos.

Una tentación muy grande, y errónea a mi juicio, es aludir a la insensibilidad del pueblo americano para con los valores democráticos. Creo que es equívoco esto porque lo que debilita a las democracias republicanas son los errores de las democracias republicanas.

Es útil verlo así porque sino uno se mueve en un planteo maniqueo dentro del cual hay réprobos -que son los otros- y elegidos -que somos nosotros-, gente buena -como uno- y gente mala que es la que no nos entiende.

En el orden político cambiar cuando se está en el marco de una crisis como las que hoy enfrentan las repúblicas y las democracias republicanas, significa ante todo aprender a hacer un ejercicio de autocrítica profunda. Nada ganaremos en términos de porvenir venturoso si seguimos creyendo que los problemas de un país como el nuestro son el resultado de que haya gente que no quiere vivir tranquila, o bien, o democráticamente.

Las democracias republicanas, en un país como la Argentina, no han fallado ahora, vienen fallando desde hace mucho, vienen fallando desde hace mucho.

Entonces, si vamos a desarrollar una reflexión en torno al cambio, veamos primeramente el marco mundial y nacional dentro del cual el cambio suele ser resistido.

Ustedes saben que las vanguardias surgen para aprobar la pérdida de universalidad de los valores vigentes. Voy a dar un ejemplo, hacia 1870, en pintura

y en Francia, lo que preponderaba era lo que hoy llamaríamos cierto realismo en la reproducción de las formas; pintar era pintar lo que se veía con los ojos habituales. Un pintor era un reproductor.

Leonardo Da Vinci, un tiempo antes, hacia 1400, había dicho de manera programática una frase muy bella que figura en su libro de reflexiones sobre la pintura, había dicho: "la pittura deve essere una finestra", o sea "la pintura tiene que ser una ventana". Porque la función del pintor era asomarse, ver y reproducir, había que tener habilidad para reproducir, pero se trataba de reproducir.

Durante larguísimo tiempo ver fue reproducir, es decir, partir del supuesto de que la mirada captaba la realidad tal como era, dejando de lado la idea extraordinaria de que ver es interpretar, no reproducir.

Una mujer no es hermosa porque es linda, es hermosa porque me significa eso, lo mismo pasa con un hombre, lo mismo con un paisaje, lo mismo con la historia, somos intérpretes.

Hacia 1870, en Francia, aparece un muchachito que había querido ser sacerdote, no le había ido bien, fumaba en pipa, se arrancó una oreja, se llamaba Van Gogh y no pintaba lo que veía, o si ustedes quieren decirlo de un modo más radical aún, veía lo que pintaba.

Sus cuadros son, de manera manifiesta y abierta, una interpretación. ¿Qué nos venía a decir la pintura de Van Gogh? Nos venía a decir: el mundo tiene la forma del que lo contempla.

Los sistemas político-democráticos siguen la orientación de Van Gogh, son vanguardia, ¿por qué?, porque un sistema democrático republicano, al descansar sobre el consenso descansa sobre la interpretación.

Dos hombres o dos mujeres, o cuatro hombres y cuatro mujeres que disienten entre sí buscan consenso para poder gobernar. La condición de posibilidad del consenso es que nadie tenga toda la razón.

El porvenir de la democracia es que nadie tenga toda la razón, para eso hay que cambiar, hay que sustituir la presunción de la propia suficiencia por la idea de que el otro es indispensable.

"Mirá, yo toda la razón no puedo tenerla, vos tampoco, veamos si podemos consensuar", esto se llama ciudadanía, es lo que les decía antes. Ciudadanos son aquellas personas que están dispuestas a no renunciar a sus principios

sino a compartir aquellos aspectos de sus principios que son capaces de generar convivencia.

Nadie cambia si tiene toda la razón, y el cambio no es nunca la sustitución de una razón absoluta por otra, no es que salimos de una razón y vamos a otra que tiene igual valor dogmático, igual valor ortodoxo, igual valor axiomático. Cambiar es matizar.

Es poder entender hasta qué punto la convergencia de matices genera una verdad compartida, entonces, cuando se trata de transitar de una concepción del mundo a otra, de un repertorio de valores políticos a otro, de un repertorio de valores profesionales a otro, se trata de entender que lo que uno representa no queda atrás, simplemente pierde valor absoluto, no relativo.

Voy a un ejemplo, a la cobardía de un ejemplo, yo tengo 76 años, hay dos posibilidades de caracterizarme a mí frente al rock and roll, una es decir que no lo puedo bailar, la otra es que lo puedo bailar como un hombre de 76 años; yo me inclino por esta última, puesto que no estoy dispuesto a renunciar al baile, pero si yo pretendo bailar como un chico de 25 años pueden ir escribiendo mi certificado de defunción, pero no voy a renunciar a bailar.

Puede ser que yo no pueda hablar el francés como un francés pero puedo hablarlo, se trata de entender dónde está el límite porque ahí está la posibilidad.

En un mundo tecnológicamente vertiginoso como el mundo en que vivimos es preciso entender qué puede brindarnos, según la cultura que tenemos, aquello que hay de innovador.

Por ejemplo, un Iphone 9 tiene, digamos así, 200 usos, yo no los necesito a los 200 usos, pero porque tengo las limitaciones o las posibilidades propias de un hombre que proviene de una cultura que no es digital -salvo para escribir a máquina-, ahora, puedo darle unos cuantos usos, jamás renunciaría a un Iphone, jamás, porque me es muy útil.

Mucha gente me ha dicho a mí: "por qué no escribís en una computadora directamente, te ahorrás un tiempo bárbaro". Entonces surge esta idea que tendrán que aprender los innovadores, a mi me encanta escribir a mano, me gusta poner el cuerpo en juego cuando escribo, después paso a la computadora; pero "¿y el tiempo?", bueno, si de ganar tiempo se trata hagamos el amor de pie que es mucho más rápido, pero es que no se trata de ganar tiempo, o de ganarlo de un modo fructífero para la construcción de nuestra subjetividad, es decir, para que nos podamos afianzar como personas.

Esto significa, creo yo, poder compatibilizar tradición y vanguardia. Tradición: repertorio de valores recibidos en los cuales creemos; vanguardia: posibilidades de inscribir los valores que hemos recibido y en los que creemos en un mundo que nos brinda posibilidades nuevas.

Voy a darles un ejemplo de los riesgos que entraña la innovación cuando es concebida como un valor absoluto. Absoluto nos dicen, bueno no, la verdad que con esto se acabaron los problemas.

Un gran escritor irlandés llamado Oscar Wilde visitó, hacia fines del siglo XIX, Nueva York, él vivía en Londres, cuando llega a Nueva York lo espera una muchedumbre de admiradores y entre ellos un grupo de empresarios que lo aguardan con un abundante ramo de flores y una propuesta. Le dicen: "mire, señor Wilde, nosotros queremos mostrarle a usted algo nuevo", y lo llevan a un salón contiguo donde en una de las paredes hay empotrada una caja de madera que sobre la parte superior tiene dos sostenes de hierro, donde descansa un tubo, la pared lateral derecha ofrece una manivela y en el centro de la caja hay un disco con los números de 0 a 9; y le dicen a Oscar Wilde "si usted levanta el tubo, mueve esta manivela y disca acá en menos de un minuto y medio usted está hablando con Boston, esto se llama teléfono".

Wilde dice "qué extraordinario", se queda pensativo y dice lo siguiente: "y, díganme, hablando de qué". Claro, porque esta es la cuestión.

Una relación idolátrica con los objetos tecnológicos es aquella que hace que no tengamos otra vida que la que brinda un teléfono, entonces, salimos a cenar mi señora, los chicos y yo y somos 8, no 4.

Esta es una relación enajenada con los objetos de vanguardia, una relación humana con los objetos de vanguardia es la que administra su empleo, es la que en ciertas horas uno los usa, en otras no los usa, y si lo extravía, extravía un objeto, no a uno mismo.

Ustedes saben muy bien que el estatuto ontológico de un teléfono es que es parte de mi cuerpo, si yo lo pierdo me perdí. ¿Qué tiene que pasar para que creamos eso? Tiene que presumirse que consistimos en ese objeto.

Esta visión de la tecnología es miserable, porque hace que vivamos idolatrando las cosas en lugar de los vínculos, pero una buena utilización de estos recursos es prodigiosamente fecunda.

¿Quién puede hoy prescindir de la comunicación digital si sabe emplearla con un sentido fructífero? Nadie, nadie debería. Todos tenemos la posibilidad de aprenderlo y al aprenderlo de fortalecernos en la ampliación de nuestro propio horizonte.

El cuidado debe ir por el lado de la no idolatría. Voy a abundar en este concepto de idolatría, si me permiten.

Idolatrar es reverenciar como una divinidad lo que no es más que una cosa. Idolatrar es confundir una persona con un Dios. Idolatrarse, en griego, se decía narcisismo.

¿El narcisismo en qué consiste? En creer que realmente uno es divino.

Vieron que hay un principio bíblico que dice: "amarás a tu prójimo como a ti mismo", bueno, narcisísticamente entendido quiere decir: "la verdad que le voy a dar al otro algo del encanto que tengo", no.

Amar al otro como a uno mismo significa entender que uno para sí mismo no es del todo claro, cuando uno dice "yo" no sabe muy bien de qué está hablando, por eso nos cargamos de títulos, como doctor, y no usamos más títulos de nobleza pero nos cargamos de títulos. Yo no soy marqués pero tengo tres doctorados, se trata de reforzar qué con los títulos, la identidad.

También es bueno, además de los títulos, saber que uno es extraño y que frente a un espejo convendría cada tanto tratarse de usted, no sabemos muy bien de qué se trata cuando decimos "yo".

Hay una dimensión convencional de la identidad, una de las funciones idolátricas de la tecnología es hacernos creer que sabemos qué pasa porque podemos calcularlo, preverlo, establecerlo, pero además conviene estar abierto a lo imponderable.

Abierto a lo imponderable quiere decir: la realidad no cabe por entero en lo que podemos prever, ella se escapa una y otra vez al cálculo.

"Te veo el martes", conviene agregar "si Dios quiere", por prudencia ¿no? Porque lo real no es enteramente previsible, entonces, la idolatría de la técnica, en cualquier de sus dimensiones, es creer que lo resuelve todo, no resuelve todo pero resuelve muchísimo y puede ayudar a discernir mejor la complejidad de los problemas.

Lo que se ha avanzado en el orden de la física astronómica gracias al empleo de la tecnología digital es algo prodigioso.

El conocimiento del Universo, sin embargo, plantea un tema fantástico, ¿qué es conocer el Universo si el Universo es infinito? ¿Qué quiere decir que hemos avanzado? Y sí, en términos relativos avanzamos, sin duda alguna, hoy ya llegamos a la Luna, mañana lo haremos a Mercurio, pero si esto es infinito, si es infinito, no hay adónde ir.

Es bueno incorporarlo porque esto es parte del conocimiento, avancemos en un sentido y advirtamos dónde estamos en otro.

¿Qué quiere decir que la Tierra gira en el espacio? ¿Dónde queda nuestra casa? En ningún lado, no hay lado.

Incorporemos esta dimensión de lo imponderable al conocimiento que sí podemos alcanzar con el cálculo.

Albert Einstein, un hombre apasionado por el cálculo, el desarrollo de la tecnología revolucionó la física, ¿qué decía Einstein? La verdadera estirpe de un físico no la demuestra el hecho de que se interese por el conocimiento de las leyes sino el hecho de que manifieste perplejidad porque las hay.

Repito: la verdadera estirpe de un físico no la prueba el hecho de que se interese por el conocimiento de las leyes sino el hecho de que manifieste perplejidad porque hay leyes, que haya leyes no es matematizable. ¿Se entiende? No es matematizable.

Ahora, dice Einstein "es preciso darse cuenta que el que haya leyes no proviene de un cálculo de alguien", no es que hubo alguien que se propuso que haya leyes en el sentido antropológico del término, si las hay se trata de una entidad no cuantificable llamada Dios, y si no la llamamos Dios eso no nos impone la obligación de negar que es un milagro.

Ponderabilidad e imponderabilidad, identidad y falta de identidad, progreso e idolatría, muy bien. Si vamos a hablar del progreso entonces estamos en condiciones de entender qué significa ser progresista, no es esa pavada que anda diciendo la seudoizquierda del país, eso no es ser progresista, eso es ser conservador.

El progresismo auténtico consiste en que el descubrimiento de las soluciones de un problema es concomitante, paralelo y simultáneo con el descubrimiento de un problema nuevo. Nadie que resuelve un problema, si de veras lo resuelve, deja de descubrir otro.

Progresar es, simultáneamente, solucionar y descubrir algo más que no tiene solución por el momento.

Voy a ejemplificarlo de nuevo, porque es muy importante entender que el apego al desarrollo pasa por el descubrimiento de la complejidad, seamos amigos de lo complejo, las simplificaciones enferman, la demagogia es una simplificación, la polarización es una simplificación, la idea del yo como un absoluto es una simplificación, y sobre esto voy a volver.

Fíjense ustedes, a los 13 o 12 años es razonable tener problemas de la pubertad o de la adolescencia, resolver los problemas de la pubertad o de la adolescencia significa tener 22, 23, ahora, si a los 22 o 23 uno sigue teniendo problemas propios del acné juvenil es porque no se está muy bien; pero si a los 22 o 23 se nos dice "ya no tengo más problemas", tampoco se está muy bien. Se trata de tener los problemas apropiados de la etapa de la vida en la que uno está.

Los desafíos de nuestro tiempo tienen que ver con la tecnología, proponen un mundo de problemas nuevos.

Cuando Colón se sentó con los Reyes Católicos y con la Iglesia a evaluar la posibilidad de alcanzar la India por occidente, ¿qué le dijeron?, que no, no se puede, no consta aquí, es decir, en la Biblia, y por otro lado, si la Tierra es plana y usted se dirige al océano se cae.

¿Y Colón qué hizo? Fue muy interesante, se jugó la vida, tomó un huevo y les dijo: "miren, si yo intento pararlo se cae, ¿verdad?, pero si yo hago así, parto la base y lo apoyo no se cae más, hay que hacer algo inédito, algo nuevo, algo que no se le ocurrió a nadie", entonces un huevo se para.

La imaginación creadora rompe con el conocimiento entendido como conocimiento de lo que ya se sabe, e introduce conocimientos nuevos. Este mismo Colón, autor del huevo, fue el que llegando a la India, es decir, a Santo Domingo, fue con un intérprete, que dominaba los 14 dialectos indis, porque había llegado a la India. Se llevó el tipo más erudito en materia de lenguajes de la región.

Lo recibió un grupo de indios tranquilo, pacífico, en Santo Domingo, que lo recibieron de veras con mucha cordialidad, entonces, le dijo Colón a su intérprete: "preguntale dónde queda el reino del Gran Kan" -en la India-, donde Marco Polo también había estado.

Entonces el intérprete va ensayando un dialecto, otro, y el indio no hablaba, le sonrío, le da a entender que lo escucha pero no había caso. En un momento dado

Colón se cansó, lo apartó al intérprete, se acercó al indio, un poco a la española, y le dijo: "Gran Kan". El indio hizo "guanahami, guanahami", lo miró al intérprete Colón y le dijo: "¿viste?", Guanahami era el nombre de la isla, era en Santo Domingo, pobrecito.

Y Colón se vuelve hacia el intérprete y le dice: "¿viste que era acá?, yo te dije". Ahora esta no es una lectura de la realidad, es una negación de la diferencia, en lugar de tratar de entender lo que el otro le decía decidió qué debía significar lo que le decía el otro.

Cortés procede al contrario, Cortés llega a México, lo primero que hace es ver cómo está estructurado el poder político de la región, hace una alianza con los aztecas para combatir a los incas, pero aprende azteca, tiene una amante, una novia, que le enseña el idioma, trata de entender.

Cuando uno trata de entender le va mejor que cuando no trata de entender, porque la realidad se lo lleva por delante, a menos que uno lo agarre por el cuello al indio y le diga: "escuchame, esto es el reino del Gran Kan, ¿estamos?", por ejemplo si se llama Moreno, es decir, donde el autoritarismo, la prepotencia, la violencia ocupan el lugar del poder de disuasión.

Educarnos, esto es lo esencial, educarnos dándole lugar a nuestros valores, a todo aquello que creemos y ver cómo se puede compatibilizar perfectamente con el aprendizaje de lo nuevo.

Colón no aprendió nunca el idioma de Santo Domingo pero hizo algo genial, se atrevió a navegar en un planeta plano para descubrir tierra y probar que era redondo. Lo acompañaron hombres que temían el viaje pero eran todos delincuentes, casi todos, porque o se iban con Colón o se quedaban en la cárcel.

Colón, para evitar que se angustiaran, en su diario de a bordo, en su diario de bitácora, no anotaba la cantidad de leguas que hacían, si hacían 14 ponía 2, entonces cuando los muchachos leían el diario decían: "vamos despacito, todavía no llegamos al borde de la tierra".

Cuando ya estaban a mar abierto y temían la muerte se le ocurrió algo fenomenal, ustedes saben que el palo mayor tiene una torre, se llama carajo, pero ir al carajo quiere decir ir a la parte más alta, tiene un sentido hermoso, lo que pasa que nosotros no navegamos; le pedía a cada uno de sus marineros que subieran a esa torre superior y al que descubriera tierra le iba a dar 25.000 maravedíes, era mucha plata.

Claro, el miedo se transformó en un proyecto, hubo uno que descubrió tierra, pero Colón no le dio nunca nada, tampoco recibió demasiado, hay que decir, pero, irrumpió lo nuevo.

Irrumpió lo nuevo en Cortés cuando aprendió a hablar el idioma de la región, irrumpe lo nuevo en la globalización cuando entendemos que la globalización no es la expansión de la hegemonía de un poder sobre todos los demás sino la integración entre culturas distintas en función de un proyecto común.

Irrumpe la innovación cuando la mujer deja de ser una esclava del hombre, irrumpe la innovación cuando los hombres empiezan a entender que la crisis de las democracias republicanas es, acaso, la crisis del ideal de convivencia.

¿Se podrán afianzar todos estos cambios? No es seguro pero es necesario. La educación, como les decía antes, es una de las claves de este proceso.

Educarse no es contar con nueva información, educarse es saber al servicio de qué está la nueva información, al servicio de qué.

Un relato. Uno de los grandes discípulos de Einstein ha sido un físico inglés llamado Eddington, al que la Reina de Inglaterra nombró Sir por sus desarrollos en la física atómica; y como era inglés tenía, además, un humor exquisito, sutil, delicado, entonces dice lo siguiente: "todo físico sabe que su mujer no es más que un conjunto de átomos y de células, ahora bien, si la trata así la pierde".

¿Qué quiere decir? Dentro de un laboratorio, una mujer, un hombre, es un conjunto de átomos y de células, es así, pero si uno sale del laboratorio con la idea de que lo que tiene ante sí son átomos y células, fracasa. Uno no sale a cenar con un conjunto de átomos y de células, sino con alguien.

Alguien, no hay palabra más oscura que "alguien". ¿Quién es "alguien"? ¿Qué significa el otro para nosotros? También allí hay que ser muy moderno, también allí, tenemos que aprender la alteridad de otra manera, si concebimos en un tiempo al otro como un esclavo, a la mujer como una sierva, al otro como alguien que necesariamente tiene que ser explotado por mí, estábamos en un planteo estéril para la construcción de nuestra identidad más humana.

Necesitamos aprender de la física, de la ciencia físico-matemática, pero qué, no solo física y matemática sino esa conciencia autocrítica que tienen las ciencias de vanguardia en ese campo cuando al resolver un problema lo cierran con una equis.

Ustedes saben, en matemáticas, cuando uno resuelve un problema pone una equis al final, ¿qué quiere decir la equis?, por ahora es así, nada más democrático.

¿Es esta una solución? Sí, señor, hasta el martes.

Hay un espíritu de innovación, de transformación, de optimismo tan extraordinario en eso de creer que las soluciones no son definitivas. Nadie tiene soluciones definitivas si de veras aspira a convivir.

Me parece, entonces, que entender la educación requiere ante todo entender bien qué es un maestro. Un maestro no es el que transmite conocimientos sino la emoción de aprender. Conocimiento se transmite si uno tiene instrucción, cualquiera que sabe inglés puede enseñar inglés, pero ¿puede enseñar inglés? No.

Un maestro transmite la emoción de aprender, la alegría de aprender, es cómplice de sus discípulos en el entusiasmo por el aprendizaje.

Por eso hay pocos maestros y pocos alumnos porque la urgencia de acumular conocimiento para competir en un mercado de trabajo, a costa de la formación humanista y subjetiva, genera deshumanización, y con la deshumanización que se reduce a la tecnocracia aparecen los demagogos, los que dicen "dejalo conmigo", o en criollo "sígannme", o en Alemania "Deutschland zuerst", Alemania primero.

Tenemos que cuidarnos de la indiferencia política porque no es indiferencia hacia los partidos, es indiferencia hacia la convivencia, es indiferencia hacia el verdadero aprender, es indiferencia hacia la tecnología entendida como una herramienta de mejor humanización.

Miren lo que pasa en la medicina, pocas disciplinas han evolucionado de manera más fenomenal que la medicina, lo que hoy se puede lograr, por ejemplo en términos de cardiología, de prevención del cáncer, es fabuloso, pero ¿qué ha ocurrido?, ha ocurrido que para facilitar el acceso a los tratamientos caros han proliferado las organizaciones mutuales.

Ahora, las mutuales están atendidas por médicos que cobran según el número de pacientes que atienden. Si yo atiendo 120 en vez de 9 me va mejor, pero si yo atiendo 120 no estoy con nadie.

Entonces, tengo en la habitación 207 un hígado inflamado, una cardiopatía en la 109, una apendicitis grave en la 92, no tengo personas, no sé qué es el sufrimiento. Son personas que sufren, que requieren ser oídas, porque lo que uno requiere es ser oído, que lo escuchen.

Una concepción de la ciencia enajenada en la mera rentabilidad contribuye a la extinción de nuestra especie aunque todos parezcamos humanos, porque una de las amenazas más grandes que pesa sobre nuestra especie, a mi entender, es que parezcamos personas, somos muy parecidos.

Somos la única especie del planeta en la que ser no es seguro. Un canguro no tiene que poner empeño en madurar, no existen bisontes hembras que aspiren a ser mujeres maduras o hembras maduras, la biología en ellos se ocupa de todo, las restantes especies son de una irresponsabilidad subjetiva total. El empeño no existe, existe la naturaleza.

En nuestra especie, si no hay empeño, no hay mujer ni hay hombre, porque ser hombre o ser mujer es tarea.

Nosotros nacemos inscritos en una estructura anatómica biológica determinada pero eso no es una persona, una persona es empeño, es educación, es esfuerzo autocrítico, es voluntad de diálogo, es capacidad de potenciar la conciencia de los fracasos.

Es imposible morirse habiendo terminado la tarea, somos tarea inconclusa, pero espléndida porque somos libres, podemos cambiar. La buena nueva es que podemos cambiar, podemos transformarnos.

Cuando nos aferramos ciegamente al no cambio hemos renunciado a una de las posibilidades más grandes de nosotros que es intentar matizar lo que somos con un aprendizaje.

Una vez, en la Facultad de Filosofía cuando yo estaba estudiando, estaba estudiando filosofía medieval y pasillo de por medio, Borges enseñaba literatura inglesa, yo lo veía, entonces un día vi que por el pasillo, y antes de que la hora terminara, se paseaba un muchacho, un tipo grande, un metro ochenta y cinco, contundente, un rugbier, pero tenía la ansiedad de un adolescente y miraba su reloj y estaba rojo de ansiedad, y quería verlo a Borges. Cuando termina la hora, yo salí al pasillo, Borges salió del aula y él se acerca a Borges, muy conmovido, estaba con Homero, y le dice: "usted es Jorge Luis Borges", y Borges que era ciego pero también era ciego profesional, cuando no quería ver no veía, estaba aureolado por sus alumnos y le dice: "bueno, momentáneamente".

Claro, qué lección extraordinaria, el chico o el muchacho, comprensiblemente, lo idealizaba y con razón, un enorme escritor, es decir, un hombre que habló por todos, eso quiere decir un enorme escritor, pero la idealización le quitaba a Borges la posibilidad de ser un tipo que va al dentista, por ejemplo.

Le dice "bueno, momentáneamente". Este contraste entre la idealización que debemos y podemos tener de nuestros valores, en este caso de un inmenso escritor, y la posibilidad de que la idealización no paralice la comprensión de su humanidad, de que maticemos representación o lo que puede haber de paradigmático en una figura, con un trato más humano. Esto es lo que debe enseñar una verdadera educación, sin máquinas no, con máquinas solamente tampoco.

Este es el gran desafío, la no idolatría de la técnica y su utilización fecunda, valiosa, festiva, de la innovación permanente, pero no es innovación permanente por pasión a encontrar cosas nuevas como la publicidad miente; ustedes vieron que la publicidad es una usina de mentiras. A uno le dicen: "este pantalón es para vos", y son cientos de millones de tipos que lo usan; o el coche como un órgano sexual, es decir, la publicidad miente porque finge que es la individualidad, nos quiere hacer creer que nos hablan en singular y nos están hablando masiva y pluralmente a todos.

La moda es un signo simultáneo de inteligencia, de imaginación y de masificación.

Pues entonces me parece a mí que la capacidad de aprender cuáles son los desafíos de lo nuevo, nos coloca en un lugar también de civismo creciente, de tolerancia a la diferencia.

Voy a señalarles dos aspectos más, uno de ellos tiene que ver con el conocimiento, yo creo que la mayoría de nosotros somos, en uno u otro sentido, facultados, pero no universitarios.

Somos facultados porque provenimos de una facultad, doctores, licenciados en algo, pero no somos universitarios porque ser universitario, si nos atenemos a lo que significa la palabra, significa tener un sentido orquestal del saber, de conjunto.

La universitas es la unidad de lo diverso, entonces si uno proviene de una universidad proviene de un centro donde distintas disciplinas deberían enseñar algo común, y no solo algo distinto.

Yo sé perfectamente que un químico no es un historiador y está bien, pero ¿qué es lo que hay de común entre la química y la historia?, ni se nos ocurre, si somos historiadores y escribimos un libro de historia, en la presentación del libro vamos a invitar historiadores, no vamos a invitar a un cura, un físico o un poeta. Invitamos a colegas nuestros, es decir, del gremio. No se nos ocurre

invitar a gente que provenga de otros campos porque nos parece que nuestro saber no contiene a gente que no lo tenga.

Eso en un sentido es verdad, si uno no se ha capacitado en un campo determinado no se ve por qué debería estar en una mesa donde ese campo es la materia de reunión, pero por otro lado, ¿qué es lo que busca cada disciplina?, ¿qué es lo que quiere un químico y qué es lo que quiere un historiador?, ¿qué tienen en común?, ¿qué tienen de universidades?

Lo que un químico y un historiador tienen en común es el estudio del cambio. La capacidad de advertir la transformación dinámica de los fenómenos que llevan a configuraciones sociales, biológicas y materiales distintas.

¿Pueden dialogar un historiador y un químico? Claro que sí, porque lo que tienen en común es la necesidad de ver cómo se concilia una conceptualización determinada con una transformación permanente.

Voy a ejemplificarlo, yo hace 76 años que me llamo Santiago, ahora, no soy el Santiaguito de mi mamá, sin embargo, me siguen llamando igual.

¿Por qué me siguen llamando igual si yo soy distinto de cómo era? ¿Qué es esta constancia del nombre en una persona, como cualquiera de ustedes, que se ha transformado incesantemente?

¿Por qué insistimos en lo común cuando la diferencia es obvia?

¿Qué queremos decir con lo común? Queremos decir, me parece a mí, que más allá del cambio y mediante el cambio es como logramos una identidad. Es gracias al cambio que yo puedo ser el mismo, si no cambiara no sería el mismo, no sería.

Yo creo que es muy importante entender por qué en la presentación de un libro de Derecho debería haber un filósofo, un matemático, gente que pueda celebrar, como en una orquesta el empleo de distintos instrumentos con la finalidad de componer una melodía común, que es el conocimiento y la interdependencia.

Es muy difícil que lo logremos porque hemos sacralizado el fragmento.

"No, yo estoy en lo mío". Todos decimos yo estoy en lo mío, así es como aparecen, como les decía, los demagogos, "bueno yo me voy a ocupar de ustedes, de todos ustedes, déjenlos conmigo, yo fijo la ley".

Ser ciudadano es aprender a compartir los puntos convergentes del conocimiento.

Todos debemos aprender qué significa la transformación como recurso de mantener una identidad y de brindarle contenidos nuevos.

Yo no sé si esto es fácil, más bien tiendo a creer que no, pienso que es indispensable.

Y creo, por último, que esta relación entre lo arduo y lo indispensable, debería gobernar nuestras vidas.

Quiero terminar esta charla con una reflexión sobre el concepto del amor, que puede parecer un canto lírico, puede ser que lo sea, pero es fundamentalmente una reflexión filosófica.

En toda relación amorosa, y sin que esto sea una apología de la poligamia, somos cuatro, ¿por qué?, yo tengo una identidad, a la luz de la mirada de ella yo no significo para ella lo que significo para mí; tampoco ella significa para mí lo que significa para ella.

Toda vez que uno es, vamos a decirlo así, objeto de un amor gana una identidad que no tiene, ni puede querer tenerla. Si ella me dice "sos divino", yo no le puedo decir "sí, la verdad que tenés razón". No. Uno se desconoce en los atributos amorosos que el otro le infunde y viceversa.

Por eso toda relación amorosa es una transfiguración de significado. Si la transfiguración lleva a la idealización, la pareja dura poco, porque lo interesante es advertir que uno está lleno de significados para aquel que lo quiere, y viceversa, pero que también esos significados pueden sufrir un quiebre y una caída.

Y que el hecho de que caigan no significa que el vínculo está perdido, significa que hay que trabajar para lograr un encuentro que, en parte, se ha perdido.

Samuel Johnson fue uno de los más grandes ensayistas ingleses del siglo XVIII, escribió esto: "el segundo matrimonio es el triunfo de la esperanza sobre la experiencia". Yo no estoy invitando a nadie...

Lo que quiero decir con esto es que la esperanza es la capitalización de la experiencia. Así como una sociedad es madura cuando capitaliza sus fracasos, así un individuo es maduro cuando metamorfosea sus resistencias al cambio, cuando puede trabajar con ellas, cuando no se entrega a ellas sin buscar entender por qué se resiste.

Nosotros en español tenemos un término hermosísimo para hablar del amor que no todos los idiomas lo tienen, tienen otras cosas; cuando nosotros

queremos decirle a alguien que nos gusta le decimos "te quiero". Te quiero quiere decir no te tengo, porque quien quiere no tiene.

Las personas amadas son aquellas que no nos pertenecen. Las que uno no ama son indistintas, nos da lo mismo, podemos tener con ellas una relación cortés pero no importan.

Hablo en sentido comercial ahora, ¿qué es lo que importa una persona amada? Capital. ¿Cuál es el capital que aporta una persona amada? Que nos enseña que estar juntos es no pertenecernos, no monopolizar al otro, no es de uno. Solo las personas que amamos no son nuestras, son con nosotros pero no nuestras.

Por eso me parece que es tan interesante advertir dónde radica la dificultad de un buen vínculo amoroso. Un buen vínculo amoroso es un vínculo con un amigo, entre amigas, en fin, donde se juega un "te quiero", es decir, un estoy aprendiendo a que no seas mía ni mío.

¿Dónde radica la dificultad? En que venimos de culturas posesivas y creemos de verdad que tener es más importante que ser.

Fíjense lo que ocurre con la Tierra. Hemos tenido la Tierra, no la hemos amado, la hemos convertido en un objeto de dominio, está extenuada, está enferma, la hemos tratado como una prostituta, la hemos golpeado y está cansada.

Y desde su cansancio nos viene a decir: "muchachos y chicas, quiero informarles que mi desgracia es la de ustedes, que lo que han hecho de mí es lo que han hecho de ustedes, que la fecundidad de la que me privan es la esterilidad que los amenaza".

Por lo tanto, uno de los desafíos básicos de nuestro tiempo es aprender a querer, es aprender a no poseer sino a utilizar con un sentido de reciprocidad mutua, generando cambios permanentes para que un vínculo sea proyecto.

Insisto, no se trata de si es fácil o no, por qué debería ser fácil. Claro, en una sociedad utilitaria que lo mide todo por su rentabilidad inmediata se supone que trabajar tres años para constituir un vínculo es perder el tiempo. No seamos consumidores, primero, seamos ciudadanos.

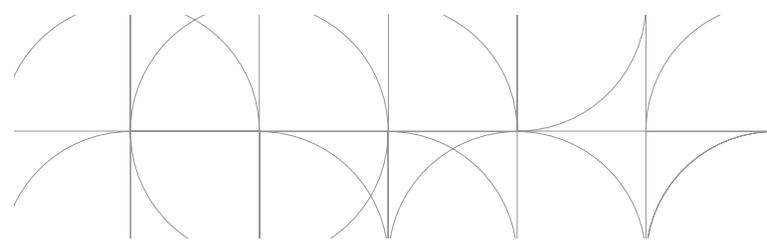
Muchas gracias. (Aplausos prolongados)

PRESENTACIÓN DEL DISERTANTE

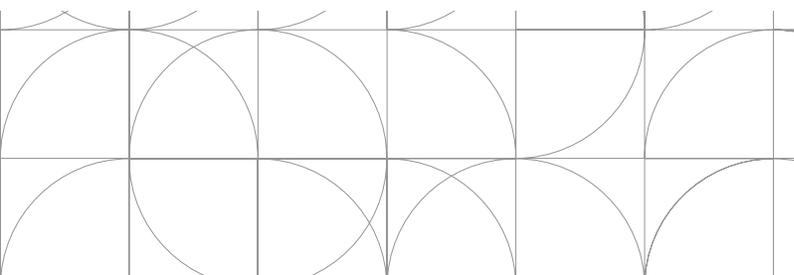
Santiago Kovadloff es filósofo, egresado de la UBA, doctor honoris causa por la UCES, ensayista, poeta, traductor de literatura de lengua portuguesa y conferencista, es colaborador permanente del Diario La Nación y profesor honorario de la Universidad Autónoma de Madrid; a su vez dicta cursos y conferencias en Universidades de Iberoamérica y Estados Unidos y es miembro de la Academia Argentina de Letras y miembro correspondiente de la Real Academia Española.

En dos oportunidades recibió el Premio Kónex de platino, en 1994 y en 2004, entre sus libros de ensayo y poesía figuran "Ven David", "El silencio primordial", "Lo irremediable", "Hombre en la tarde", "El enigma del sufrimiento", "Ruinas de lo diáfano" y "El miedo a la política".

Recibió diversos premios, entre otros, el Premio Nacional de Literatura, en 1992, Poesía de la Ciudad de Buenos Aires en 1994, Trayectoria del FNA en 2003, Orden del Rey Don Enrique el Navegante, en el grado de comendador, otorgado por el gobierno de Portugal en 2005 y el Premio Santa Clara de Asís en 2007, otorgado por el Episcopado Argentino; fue reconocido como personalidad destacada de Buenos Aires.



CONGRESOS Y JORNADAS



SMART CONTRACTS: ¿EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN?*

ANDRÉS MARTÍNEZ

SUMARIO: Introducción. I) ¿Qué es un contrato? II) ¿Qué es un smart contract o contrato inteligente? III) Blockchain. IV) Características de los SLC. V) Formalización de los SLC. VI) La relación entre los SC y el "mundo real". VII) Algunas cuestiones que plantean los SC. VIII) Resolución de conflictos. IX) Potenciales usos relacionados con la labor notarial. X) Conclusiones. Bibliografía

* Segundo premio otorgado por el jurado en la XXI Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, realizada en Praia do Forte, Salvador de Bahía, Brasil, entre el 29 de agosto y el 1 de septiembre de 2019. Corresponde al tema 2, "Nuevas atribuciones y tecnología: El futuro de la actividad notarial".

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías vienen avanzando a pasos agigantados y se cuegan en todos los ámbitos. La contratación y el derecho notarial no son la excepción.

En este trabajo pretendemos efectuar un análisis de una de las nuevas tecnologías que han surgido en los últimos años y que consideramos tendrá una gran influencia en el derecho de los contratos y en los notarios: los *SMART CONTRACTS*.

Para ello, comenzaremos analizando brevemente qué es un contrato y repasando un poco la evolución del instituto, para luego ver qué es un smart contract y definir si puede ser o no un contrato.

Estudiaremos también concisamente la tecnología blockchain que sirve de piedra basal de los smart contracts.

A partir de allí, nos meteremos más de lleno en el examen de las principales características de estos "contratos inteligentes", observando, a lo largo del estudio, cómo interactúan con algunos principios ordenadores de nuestros sistemas jurídicos, a saber: la función social del contrato, el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión.

Finalmente, nos acercaremos un poco más a una novela de ciencia ficción e intentaremos esbozar algunos usos futuros que de esta tecnología puede llegar a hacer el notariado.

I) ¿QUÉ ES UN CONTRATO?

El contrato ha acompañado la evolución de la sociedad desde los inicios de la humanidad, con los intercambios efectuados entre los primeros humanos del planeta.

El concepto jurídico del contrato ha ido variando sutilmente a lo largo de los años, pero siempre ha estado ligado a su función social-económica, como instrumento que sirve a efectos de permitir la circulación de las riquezas¹.

1 Fin de Figueiredo, Eduardo y Alves Da Silva, Marcos, "A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato", Revista de Direito, Economía e Desenvolvimento Sustentável, ene/jun 2016, V. 2, N°1, p. 108.

Más allá de la cantidad de definiciones que podemos encontrar, nos parece atinado tomar la que establece el Código Civil y Comercial Argentino, según el cual un contrato es “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957).

Haciendo un muy breve recorrido histórico, podemos afirmar que desde la Revolución Francesa, siguiendo los principios fundamentales de la libertad, igualdad y fraternidad, y bajo el paradigma de que la contratación se daba entre personas que tenían un vínculo relacional paritario, singular y de prestaciones equilibradas, con el consentimiento brindado por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, “la concepción decimonónica del contrato se asentaba en dos pilares inamovibles que conferían solidez absoluta al acuerdo: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato”².

Sin embargo, a partir de la primera Revolución Industrial y del comienzo de la producción en masa, que implicaron una nueva realidad productiva, la autonomía de la voluntad fue perdiendo el lugar que ocupaba en el pedestal de la contratación, tomando ahora preponderancia el contrato de masas con cláusulas predispuestas y sin posibilidad de modificación. De esta manera, fueron desapareciendo las tratativas precontractuales y la aceptación mutó a una mera adhesión.

A efectos de equilibrar las fuerzas desiguales, y en un contexto mundial en el que la ideología del Estado de Bienestar (*Welfare State*) se venía imponiendo, la autoridad estatal invadió el campo contractual mediante la imposición de normas imperativas. Así, la “imprevisión en el Derecho francés, [la] frustración en el Derecho inglés, [la] cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato”³.

2 Freytes, Alejandro E., “Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.

3 Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “Contrato y libertad contractual”, *Themis, Revista de Derecho*, p. 11. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (última vez visto: 04/08/2019).

Un ejemplo acabado de esta evolución del derecho, son las teorías que hablan de la “función social del contrato”, teorías que han encontrado gran recepción en el derecho continental, obteniendo incluso recepción legal⁴.

Un poco más adelante en el tiempo, continuando en la misma línea de transformación mencionada en los párrafos anteriores y buscando la protección de los “económicamente débiles”, comenzó el desarrollo del derecho del consumo y la regulación de los contratos celebrados por adhesión. Los cambios introducidos por las modificaciones realizadas en ambos campos afectaron el derecho privado de manera transversal, ya que éstos tienen injerencia en variados aspectos que van desde la formación del contrato y el consentimiento, a la inversión de la carga de la prueba y la atribución de responsabilidades patrimoniales más graves a la parte más fuerte de la relación contractual. Muchos vieron en estos avances del Estado una inminente “muerte del contrato”⁵.

Más allá de lo expuesto, hay quienes hablan del “péndulo de la autonomía de la voluntad” y ven un “reverdecimiento” de ésta autonomía⁶, y considerando que ello se manifiesta a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los actos de autoprotección o testamentos vitales (*living will*), las modificaciones en los regímenes de capacidad, pactos en cuestiones de familia (v. gr. pactos de convivencia), tendencia a la supresión de la prohibición de pactos sobre herencia futura y morigeración de las legítimas, entre otros institutos. La utilización de los *smart contracts* podría llegar a ser una muestra más de este “reverdecimiento”.

II) ¿QUÉ ES UN SMART CONTRACT O CONTRATO INTELIGENTE?

El primero en acuñar el término fue Nick Szabo, quien lo definió por primera vez como “un protocolo de transacción computarizada que ejecuta los términos de un contrato”⁷. En un trabajo posterior agrega: “Nuevas institu-

4 En Brasil se encuentra receptada en el art. 421 del Código Civil.

5 Cf. Freytes, *ob. cit.*

6 *Ibidem.*

7 Szabo, Nick, “Smart Contracts”, 1994. Disponible en: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (última vez visto el 04/08/2019)

ciones y nuevas formas de formalizar las relaciones que las conforman, son actualmente posibles gracias a la revolución digital. Llamo a estos nuevos contratos 'inteligentes' porque son mucho más funcionales que sus inanimados ancestros basados en papel. No está implicado el uso de inteligencia artificial. Un contrato inteligente es un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluyendo protocolos dentro de los que las partes cumplen estas promesas"⁸.

También se ha dicho que es "un acuerdo automatizable y exigible. Automatizable por medio de ordenadores, aunque algunas partes puedan requerir intervención y control humano. Exigibles tanto mediante la ejecución judicial de derechos y obligaciones como por medio de la ejecución de un código informático a prueba de manipulaciones"⁹.

Para que los acuerdos entre las partes desarrollados por medio de la secuencia de código se puedan ejecutar de manera autónoma, es preciso que las órdenes que las partes introduzcan en él tengan lógica booleana; o, en otros términos, han de tener la estructura *if/then/else*: si se cumple esta circunstancia (*if*), entonces se ejecuta esta acción (*then*); de no cumplirse, se ejecuta otra acción también prevista (*else*)¹⁰.

En general, no hay un concepto unívoco de "smart contract" y la doctrina ha elaborado diferentes definiciones para el término. Stark¹¹ manifiesta que, básicamente, todas se pueden englobar en dos categorías distintas, a saber: el *Smart Contract Code (SCC)* y el *Smart Legal Contract (SLC)*.

El SC es, siempre, un código informático que, dependiendo de su objeto, podrá tener consecuencias jurídicas o no y, a su vez, estas consecuencias podrán ser contractuales o no¹².

8 Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (última vez visto el 04/08/2019).

9 Clack, Christopher D., Bakshi, Vikram A. y Braine, Lee, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions", ArXiv, 2016, p. 2. Disponible en: <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (última vez visto el 04/08/2019).

10 Legeren-Molina, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", Revista de Derecho Civil, Vol. V, N.º 2, 2018, p. 198. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320>

11 Stark, Josh. "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: <http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> (última vez visto el 04/08/2019)

12 Cf. Fernández Cossini, Elda, "La 'automatización' del derecho y la función notarial", Trabajo elaborado en ocasión de la Beca del Consejo General del Notariado Español, 2018 (inédito), p. 34.

El *Smart Contract Code* (Código de Contrato Inteligente), es un código informático guardado, verificado y que se ejecuta en una blockchain. Pese al uso de la palabra “contract”, nada tiene que ver con un contrato legal en los términos que definimos en el apartado anterior¹³. Por ello, hay quienes prefieren llamar a este SCC como “Smart Agent”, a efectos de no generar confusiones¹⁴.

Así, se ha sostenido que en *solidity*¹⁵ un *smart contract* es “una colección de código (sus funciones) y sus datos (su estado) que reside en una dirección específica en la cadena de bloques *Ethereum*”¹⁶.

Estaríamos frente a un *Smart Legal Contract (SLC)* cuando un SCC se utiliza como un complemento o como un sustituto para los contratos legales¹⁷ o, lo que es lo mismo, si un SC genera consecuencias contractuales, estaríamos frente a un SLC.

En este último caso, nos encontramos frente a “contratos, operaciones o transacciones con forma de negocios jurídicos bilaterales, cuya peculiaridad esencial estriba en haberse diseñado sobre un lenguaje y empleando sistemas informáticos específicos para celebrarse, discurrir y ejecutarse en una Blockchain (...). En este supuesto, no parece discutible la afirmación de que el diseño del programa se orienta precisamente a la celebración y ejecución de un contrato (...). Aquí, el SC es una la expresión informática codificada de un contrato, dónde los términos pactados se expresan en un código. En otros casos, si el SC está orientado a realizar funciones de enlace telemático en la red, conexión con aparatos IoT, o procesos automáticos de comunicación en la infraestructura o en las aplicaciones, el SC no es una operación jurídica. Esta matización es importante para desechar afirmaciones imprecisas o genéricas inductoras a no pocas confusiones entre los juristas”¹⁸.

13 Stark, ob. cit.

14 Fernández Cossini, ob. cit.

15 *Solidity* es el lenguaje de programación que utiliza la blockchain *Ethereum*, la blockchain que fue pionera en brindar la posibilidad de efectuar *Smart Contracts*.

16 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 53.

17 Stark, *Ob. Cit.*

18 Fernández Cossini, ob. cit., p. 34, citando a Ibáñez Jiménez, Javier Weinceslao, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 89.

Los SLC son más eficientes si utilizan la tecnología *blockchain*. De hecho, están pensados para funcionar registrándose y haciendo cumplir las transacciones a través de la cadena de bloques. Los contratos inteligentes están un paso más allá de los contratos electrónicos típicos, ya que el acuerdo real está incorporado en el código de la computadora, en lugar de otro idioma tradicional¹⁹.

A continuación, estudiaremos brevemente como funciona esta cadena de bloques.

III) BLOCKCHAIN

La *blockchain* o cadena de bloques es una base de datos apoyada en la tecnología *peer-to-peer* (P2P)²⁰, en la que se registran bloques de información. Funciona como un enorme libro de contabilidad distribuido (*distributed ledger*).

Es una herramienta que surgió para evitar la duplicación de transacciones en *BitCoin* y se aplicó, principalmente a la problemática del dinero electrónico y a la trazabilidad de las transacciones electrónicas, pero su uso, hoy en día, se va extendiendo cada vez más a diferentes materias²¹.

El funcionamiento del sistema es el siguiente: existe un bloque inicial o "bloque génesis" y, a continuación, se van sumando nuevos bloques que contienen información o transacciones (cada bloque puede contener una o múltiples transacciones). Asimismo, cada bloque se representa con un *hash*²², una especie de huella digital que se forma en función de las transacciones que en él se almacenan, el *hash* del bloque anterior (conectándolo con éste e impidiendo

19 O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal agreements for the Blockchain", North Carolina Banking Institute, Vol. 21, art. 11, 2017, p. 181. Disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11> (última consulta el 04/08/2019).

20 Son redes compuestas por múltiples nodos que se encuentran al mismo nivel y donde no existen servidores ni clientes.

21 Conf. Pérez Consentino, Marcelo E. y Giralt Font, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 61, mayo 2017, p. 19.

22 "Un algoritmo de hash convierte una cantidad arbitrariamente grande de datos en un hash de longitud fija. El mismo hash siempre será el resultado de los mismos datos, pero la modificación de la información, aunque sea un solo bit da como resultado un hash distinto. Al igual que todos los datos informáticos, los hashes no son números grandes, y se escriben normalmente en hexadecimal". Extraído de: <https://es.bitcoin.it/wiki/Hash> [última consulta: 04/08/2019].

que un nuevo bloque pueda ser insertado entre ambos) y un número arbitrario único (*nonce*).

El mecanismo que se utiliza para sumar un nuevo bloque a la cadena se denomina *proof-of-work* y consiste en la resolución de un algoritmo matemático que “mina” o cierra un bloque cuando el *hash* que se crea del mismo cumpla con determinada condición²³.

La seguridad de este sistema de cadena de bloques se basa en su estructura de red descentralizada y en que la aceptación de cada uno de los bloques se efectúa a través del consenso de los mineros (nodos) que en ese momento están en la red. Una vez que se generó un bloque ya no se pueden agregar más transacciones a las existentes²⁴. Para cambiar una o varias de las transacciones que se encuentren registradas se debería contar con el consenso del más del 50% de los nodos existentes en la red, lo que en el estado actual del desarrollo de la tecnología es, en teoría, prácticamente imposible²⁵.

1) CLASIFICACIÓN DE LAS BLOCKCHAINS

Las Blockchain pueden clasificarse, en función de los permisos requeridos para ser parte en cada una y validar las transacciones realizadas. Según Tur Faúndez encontramos tres categorías:

23 En el caso de Bitcoin, cuando el hash comience con determinada cantidad de ceros (cuatro). Ver: Nakamoto, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, p. 3, disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [última consulta: 04/08/2019].

Como dijimos, cada bloque se compone del *hash* del bloque anterior y de las nuevas transacciones que se sumarán a la cadena. A efecto de poder generar un nuevo *hash* que comience con cuatro ceros, el minero podrá alterar el *nonce*, por lo que su computadora irá buscando valores alternativo de éste hasta dar con un hash que cumpla con la condición para cerrar el bloque. El minero que logre validar el bloque recibirá una recompensa en *bitcoins*.

24 Cf. Schmidt, Walter César y Cosola, Sebastián Justo, “Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico”, trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina, realizada en Bariloche del 20 al 22 de septiembre de 2018, p. 13. Disponible en: <http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/> [última consulta: 04/08/2019].

25 Sin embargo, hay quienes afirman que en un futuro los ordenadores cuánticos pondrán en jaque la seguridad de blockchain.

a) Públicas: en ellas, cualquiera puede descargar en su ordenador los programas necesarios y constituir un nodo que forma parte de la red descentralizada a partir de ese momento, así como participar en el proceso de consenso. Cualquiera que forme parte de la cadena de bloques (nodo) podrá enviar transacciones a través de Internet, que se incluirán en la cadena de bloques, y examinar la transacción en la página web que cada plataforma tenga habilitada para ello. Los ejemplos más relevantes son Bitcoin y Ethereum. [...]

b) Federadas o de consorcio: a diferencia de lo que ocurre con las cadenas de bloques públicas, no permiten que cualquier persona pueda configurar un nodo en su PC y participar en el proceso de validación de las transacciones. En este caso se requieren determinados permisos de acceso que suelen concederse a los miembros de un determinado colectivo (v.gr. entidades financieras). La validación de las transacciones se controla por un grupo preseleccionado de miembros (por ejemplo, se establece una comisión de 15 entidades financieras cada una de las cuales opera un nodo, siendo necesario que al menos diez firmen cada bloque de transacciones para que se considere válido). El derecho de acceso y lectura de los bloques puede ser público, o hallarse restringido a los miembros de la cadena. [...]

c) Privadas: Haciendo uso de la tecnología que proporcionan las grandes cadenas públicas, entre las que destaca Ethereum, se pueden crear cadenas de bloques privadas.

En estas cadenas de bloques, las autorizaciones para poder realizar transacciones o en su caso insertar programas ejecutables, son concedidas por organizaciones privadas, del mismo modo que serán estas las que determinarán a quién y en qué condiciones se le permitirá la lectura de las transacciones realizadas²⁶.

Alguno de estos tipos de *blockchain* puede resultar más conveniente para diferentes situaciones. De esta manera, al momento de encarar un proyecto que utilizará ésta tecnología, habrá que tener bien claro a qué se apunta, cómo será el procedimiento para registrar datos, quien tendrá el control de la cadena y quienes tendrán acceso a esos datos y bajo qué permisos.

26 Tur Faúndez, ob. cit., p. 38.

En el presente trabajo nos centraremos sobre SLC constituidos en *blockchains* públicas, tomando como referencia a *Ethereum*, la plataforma más desarrollada en la actualidad.

IV) CARACTERÍSTICAS DE LOS SLC

Las principales características de los SLC son su *inmutabilidad* una vez que han sido constituidos y registrados en la *blockchain*, y su *autoejecución*.

A) INMUTABILIDAD

Como dijimos, una de las características principales de los SLC es su inmutabilidad, esto es, una vez creado y registrado en la *blockchain* es imposible cambiar sus términos, a menos que las partes hayan pactado otra cosa y previsto en el código la posibilidad de alterarlo.

Una vez en la *blockchain*, nadie -ni siquiera una corte de justicia o cualquier otra autoridad estatal- podrá manipular el registro para cambiar su contenido y efectos²⁷.

B) AUTOEJECUCIÓN

Este es, sin lugar a dudas, el elemento esencial de los SLC. Su peculiaridad reside principalmente en la forma de la ejecución de las prestaciones, que se da de manera automática.

Este carácter automático de la ejecución conlleva que no sea necesaria la intervención del ser humano para desencadenar la consecuencia establecida -realizar una determinada prestación-, ni para comprobar su cumplimiento: son las propias máquinas las que, verificando de manera objetiva que concurren las condiciones predeterminadas, ejecutan lo establecido para tal evento²⁸.

27 En teoría solo con el consenso de más del 50% de los nodos que integren la blockchain donde el SC fue registrado podría modificarse el asiento mediante una bifurcación o *fork*.

28 Cf. Legeren Molina, ob. cit., p. 200.

De estas características de los SLC se desprenden sus beneficios, que serían la mayor velocidad y precisión de las transacciones comerciales, negocios más eficientes y una ejecución de los contratos mejor, más rápida y menos costosa²⁹. Como la ejecución es, en principio, inevitable³⁰, se sostiene que los SLC prescindirán del poder judicial³¹.

Pero, de esta misma característica, también surgen las principales contras, pues de ella derivan buena parte de las colisiones de los SLC con el derecho tradicional.

V) FORMALIZACIÓN DE LOS SLC

Se ha sostenido que los SLC pueden formalizarse:

- a) Totalmente en código
- b) En código, pero con una versión separada en lenguaje natural
- c) Como un contrato en lenguaje natural con cumplimiento codificado.
- d) Como un contrato en lenguaje natural con mecanismo de pago codificado³².

¿Es posible celebrar un contrato puramente en código?

Los puristas entienden que un SLC puede ser formalizado enteramente en código y que éste código regirá la relación entre las partes. Esta idea se ha sintetizado con la frase “code is law”.

29 O'Shields, ob. cit., p. 183.

30 Decimos “en principio” porque dependiendo de cómo esté diagramado el SC puede existir la posibilidad de que alguna de las partes “obstruya” el cumplimiento. Por ejemplo, si un padre pactara con su hijo que se transferirá cierta cantidad de *Ether* de su cuenta a la de su hijo si éste obtiene determinada calificación en un examen, el progenitor podría impedir el cumplimiento no teniendo *Ether* en su cuenta.

31 Cf. O'Shields, ob. cit., p. 178.

32 Smart Contracts Alliance en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction”, p. 9. Disponible en: <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> (última vez visitado el 04/08/2019).

Coincidimos plenamente con Fernández Cossini cuando afirma que, teniendo presente el actual “estado del arte”, hoy en día sólo se deberían efectuar totalmente en código contratos con cierto grado de simpleza que se apliquen a cuestiones extremadamente claras y sin matices³³. Formular contratos complejos sólo en código puede no sólo ser ilegal, como veremos más adelante, sino terminar en un rotundo fracaso.

De hecho, el mayor intento de lograr una organización societaria -llamada “The DAO”- a través de una combinación de varios SLC, cuya regulación se encontraba basada sólo en código, no fue eficaz debido a una especie de “laguna” en el mismo.

La “DAO” (*Decentralized Autonomuos Organization*, en español: Organización Autónoma Descentralizada), fue uno de los primeros proyectos importantes lanzados en *Ethereum* y se trataba de una suerte de fondo de inversión en el que personas podía proponer un proyecto y los usuarios que poseían *tokens* (participación en la organización), definían por consenso qué emprendimientos financiar.

Cuando una persona iba a adquirir algún *token* en “The DAO”, era advertido de que la organización sería gobernada exclusivamente por el código y que la intervención humana sería prácticamente nula. Incluso, se advertía a los compradores sobre la naturaleza “hiperliteraria” de los SC y se aclaraba que todas las explicaciones o comunicaciones que los usuarios pudieran recibir en lenguaje natural no podían modificar ni agregar derechos y/u obligaciones más allá de las establecidas en código de “The DAO”³⁴.

En el año 2016, la DAO sufrió un “ataque” por parte de uno de sus miembros que, utilizando una vulnerabilidad en el diseño del código y sin violar lo allí establecido, es decir, cumpliendo los términos “contractuales”, “robó” más de 50 millones de dólares en Ether.

Los puristas del código sostenían que lo que había realizado el usuario se encontraba dentro de los comportamientos permitidos y que, por lo tanto, su accionar no sólo no era un robo, sino que, además, nada debía hacerse al respecto³⁵.

33 Cf. Fernández Cossini, ob. cit., p. 35, nota 62.

34 Cf. Kolber, Adam J., “Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility”, *Standford Technology Law Review*, N° 198, 2018, p. 200.

35 *Ibidem*. En una carta abierta publicada por quien dice haber realizado el “ataque”, el autor se muestra “decepcionado” por quienes caracterizan su accionar como un “robo” y agrega que si se

Finalmente, a efectos de solucionar la cuestión, se decidió llevar a cabo una bifurcación o *hard fork* en la *blockchain*, creándose dos cadenas separadas e incompatibles: la original donde ocurrió el ataque y una cadena manipulada en la que se borraron la totalidad de las transacciones desde el ataque en adelante. Este *hard fork* fue apoyado por más del 85% de los tenedores de *tokens*³⁶.

Aún si sostuviéramos que es posible arreglar todos los *bugs* o errores y no permitir que ocurran fallas como las relacionadas, sería discutible la oponibilidad de las cláusulas establecidas en código y no en lenguaje natural, sobre todo en relaciones de consumo o contratos por adhesión.

VI) LA RELACIÓN ENTRE LOS SLC Y EL “MUNDO REAL”

El potencial de aplicación de los SLC se vislumbra mucho mayor con el desarrollo del Internet de las cosas o Internet of Things (IoT).

El IoT supone la interconexión a través de internet de todos los objetos a los que se les haya incorporado un dispositivo emisor y/o receptor de información mediante radiofrecuencia³⁷.

Un SLC puede, por medio de esta interconexión, interactuar con el objeto y transmitirle determinadas ordenes según lo establecido en el código. Así, por ejemplo, si una persona arrendó un vehículo o lo adquirió en cuotas y no realiza el pago de una de ellas, el SLC podría enviarle un aviso al automotor para que éste no se encienda³⁸.

efectúa una bifurcación de la cadena que confisque su *Ether* legítimamente ganado, se estarían violando sus derechos, por lo que se reserva la posibilidad de tomar acciones legales. La carta se encuentra disponible en: <https://steemit.com/ethereum/@chris4210/an-open-letter-to-the-dao-and-the-ethereum-community>

36 Cf. Rodrigues, Usha R., “Law and Blockchain”, Iowa Law Review, N°104, 2019, p. 679.

37 Tur Faúndez, *Ob. Cit.*, p. 116.

38 El ejemplo es citado en buena parte de la bibliografía que existe sobre la materia. Ver: Granero, Horacio R., “Los contratos inteligentes y la tecnología ‘blockchain’ (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)” *ElDial*, DC24BB, p. 1.; Sklaroff, *ob. cit.*; Tur Faúndez, *ob. cit.*, p. 167 y ss. (donde se muestra, incluso, un ejemplo del código en *Solidity* de un contrato de alquiler de un vehículo). Una situación similar podría pensarse en relación a un inmueble cuyas cerraduras

Otra forma mediante la que los SLC pueden tomar datos de la realidad es a través de "Oráculos". Estos Oráculos son, justamente, agentes externos a la cadena de bloques que proveen al código de información sobre el estado del "mundo exterior"³⁹, mediante un *software* propio que les permite interactuar con el SLC. Sería, en definitiva, un tercero de confianza.

Sin embargo, no podemos soslayar que los oráculos no son descentralizados y no están exentos de ser manipulados o de tener ciertos sesgos⁴⁰. Asimismo, habrá que tener en cuenta y analizar quién responde en caso de error o de un actuar lesivo del ente designado para realizar la tarea, teniendo siempre presente que debido a la autoejecutabilidad del SLC estos errores o fallos se potencian y son más difíciles de corregir.

Por otro lado, además, la actuación de un oráculo implica un costo que habrá que abonar por el servicio -un honorario o tarifa⁴¹-, por lo que deberá considerarse quién carga con el mismo.

VII) ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEAN LOS SLC

Los SC pueden presentar problemas, que podríamos clasificar a efectos de clarificar la exposición, en dos tipos: prácticos o de hecho y doctrinales o de derecho.

fueran "inteligentes" y ante la eventual falta de pago de un alquiler o cuota el inquilino o comprador no pudiera abrirlas con sus llaves o claves. Sin perjuicio de ello, habría que realizar un detenido análisis porque tal accionar podría llevar a la violación de otros derechos fundamentales del inquilino/comprador (v. gr. propiedad, trabajo, etc.).

39 Un oráculo podría brindar, por ejemplo, la cotización de una moneda informada por un Banco determinado, la temperatura en determinado lugar o cualquier otro elemento verificable o podría ser, incluso, un tribunal arbitral (ver punto VIII de este trabajo).

40 Cf. Werbach y Cornell, ob. cit.; Tur Faúndez, ob. cit., p. 113.

41 En la actualidad existen en internet muy pocos servicios realmente gratuitos. Aunque no se abone una tarifa en dinero para utilizar, por ejemplo, determinada red social, usualmente el usuario está "pagando" con datos. Ver: RFI, "Se é de graça, você é o produto: saiba como Facebook lucra com dados de usuários", 23/03/2018, disponible en: <http://br.rfi.fr/mundo/20180320-se-e-de-graca-voce-e-o-produto-saiba-como-facebook-lucra-com-dados-de-usuarios> (última consulta el 04/08/2019).

1) PROBLEMAS PRÁCTICOS

A) Fallas en el Código

El principal problema de este tipo es que es prácticamente imposible efectuar software complejo sin fallas⁴². La inmutabilidad de los SLC potencia este tipo de problemas, ya que si se detecta una eventual falla en el programa, suele ser muy difícil -o casi imposible- su corrección.⁴³ Se ha sostenido que esta característica puede desalentar la adopción de esta tecnología, ya que no parece probable que grandes instituciones financieras u organizaciones gubernamentales adopten tecnologías que no pueden ser modificadas luego, de ser necesario⁴⁴.

En función de esta inmutabilidad, es importante que el código sea definido de manera precisa y completa desde el inicio, evitando incorporar términos que tengan un significado que pueda variar entre el momento de la contratación y el de la ejecución del acuerdo⁴⁵.

Así, concordamos con la doctrina que afirma que ciertos aspectos de los contratos tradicionales no podrán incluirse dentro de un SLC.⁴⁶ En la contratación tradicional existen términos que son imprecisos y que no pueden ser analizados por los algoritmos del código. Conceptos como la buena fe, la razonabilidad y otros conceptos medulares del derecho de los contratos no pueden ser programados con sentencias *If-Then*. Al menos hasta que la Inteligencia Artificial (IA) logre un grado de avance mucho mayor al actual, se necesitará un humano al momento de aplicar alguno de estos conceptos⁴⁷.

Cabe resaltar que el no contemplar todas las posibles contingencias y el uso de términos imprecisos o ambiguos en un contrato tradicional se hace, en

42 Cf. Werbach, Kevin y Cornell, Nicolás, "Contracts Ex-machina", Duke Law Journal, N°67, 2007, 313.

43 Solo podrían realizarse los cambios que fueran establecidos *ab-initio* como "alternativas durmientes" (Cf. Sklaroff, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", University of Pennsylvania Law Review, N°166, 2017, p. 263).

44 Cf. O'Shields, ob. cit., p. 187.

45 Sklaroff, ob. cit.

46 Clack, Bakshi y Braine, ob. cit., p. 5.

47 Cf. Ortolani, Pietro, "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads", Uniform Law Review, Vol. 0, 2019, p. 9.

muchos casos, de manera intencional, para permitir a las partes renegociar acuerdos o adaptarlos a circunstancias o eventos imprevisibles⁴⁸.

No hay que perder de vista que, siempre, el código estará redactado por humanos y que los humanos no somos perfectos, por lo que nuestras creaciones tampoco lo son⁴⁹.

Incluso si fuera posible realizar un programa que no tenga fallas o lagunas, esto importaría costos muy altos de desarrollo, que en muchas situaciones podría volver al SLC antieconómico o, al menos, menos eficiente que el contrato tradicional.

B) Los SLC no siempre implican menos costos que los contratos tradicionales

Se ha sostenido que los SLC permitirán a las compañías lograr acuerdos autoejecutables reduciendo ampliamente los costos de monitoreo y ejecución respecto de los contratos tradicionales⁵⁰.

Sin embargo, si bien es verdad que los costos *ex post*⁵¹ son menores, también debemos resaltar que se aumentan los costos de contratación inicial. Estos costos podrían bajar si los SLC tuvieran ciertas reglas por defecto o utilizaran formularios pre-armados.

Ahora bien, la utilización de este tipo de formularios y/o de uniformación de los acuerdos no será posible o conveniente en contratos que cuenten con cierto grado de complejidad. Por ello, bajar los costos *ex-post* a costa de un posible aumento de los costos *ex-ante*, tendrá sentido, en principio, sólo en contratos sencillos (que no requieran, justamente grandes costos iniciales).

48 En este sentido también: O'Shields, *ob. cit.*, p. 187, nota 89.

49 Así, se ha sostenido que "even the smartest contracts can be susceptible to human error" (Lumb, Richard, "Downside of Bitcoin: A Ledger that can't be corrected", The New York Times, 09/09/2016. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/09/10/business/dealbook/downside-of-virtual-currencies-a-ledger-that-cant-be-corrected.html> (última vez visto el 04/08/2019). Como muestra de las posibles fallas basta citar la ocurrida en "The DAO" comentada líneas arriba.

50 Tapscott, Don y Tapscott, Alex, citados por Sklaroff, *ob. cit.*, p. 297.

51 Costos posteriores a la configuración del SC.

Otro problema que trae aparejado el uso de formularios pre-armados para formalizar SLC es que el predisponente se encuentra en una posición dominante y puede imponer cláusulas o condiciones abusivas. Analizaremos este tema con mayor detenimiento más adelante.

Además de lo expuesto, en materia de costos, no hay que desdeñar el costo que implica el gasto energético necesario para que operen las blockchain. La creación de un Bitcoin, por ejemplo, consume tanta electricidad como una hogar Estadounidense promedio durante dos años y la totalidad de las computadoras conectadas a la red de Bitcoin consume tanta energía diaria como un país mediano⁵².

2) PROBLEMAS DOCTRINALES O DE DERECHO

Para ser reconocidos ante el sistema jurídico de un Estado, "los SC deben respetar todas las normas generales y los principios establecidos para la regulación de los negocios jurídicos, especialmente, cuando el sistema carece de leyes específicas para la tutela de sus peculiaridades"⁵³.

Los principios son necesarios para interpretar y completar las lagunas de derecho que se dan en escenarios de innovaciones tecnológicas constantes y de dinamismo de las relaciones jurídicas negociales.

El principio de la función social de los contratos, como comentamos al comienzo del presente trabajo, surgió en el siglo XX. En Brasil, fue contemplado expresamente en el art. 421 del Código Civil adoptado en 2002. En Argentina no tiene recepción legal expresa, pero su espíritu insufla varias normas.

Según esta teoría, la autonomía de la voluntad de los contratantes puede ser limitada a efectos de proteger el interés social. Así, las partes no sólo se verían limitadas por la moral, las buenas costumbre y el orden público, sino que el Estado podría intervenir también "en la formación del contrato, impo-

52 Cf. Kolber, ob. cit., p. 228.

53 Efig, Carlos y Dos Santos, Adrielly Pinho, "Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro", *Direito & Desenvolvimento, Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável*, ago/dez 2018, Vol. 9, Núm. 2, p. 57, disponible en: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755> (consultado por última vez el 04/08/2019).

niendo a las partes celebrarlo aún contra su voluntad y contra sus intereses; estableciendo cláusulas obligatorias en muchos acuerdos que interesan a la economía popular; y supervisando su ejecución al dotar al Poder Judicial de los instrumentos suficientes para intervenir a efectos de restablecer la justicia conmutativa, siempre que una de las partes se aproveche de la otra⁵⁴.

El problema principal que se presenta con los SLC es que, debido al carácter inmutable y autoejecutable que hemos analizado líneas arriba, es imposible que reciban una interferencia por parte de factores externos no estipulados en el código y que el poder judicial de un Estado pueda intervenir a efectos de moderar o modificar los efectos del acuerdo.

A) El consentimiento en los SLC

Como venimos recalcando, en los SLC, las prestaciones (todas o algunas de ellas), son efectuadas por el propio código sin requerir un nuevo consentimiento de las partes en fase de ejecución⁵⁵.

Por ello, al momento de celebrar el SLC se presta el consentimiento tanto sobre las cláusulas que determinan la perfección del contrato como sobre las que importaran la consumación automática, que podrían implicar, incluso, la formalización de un nuevo contrato⁵⁶. Consideramos que, en materia de consentimiento, los SLC deben contar con todos los requisitos que son exigidos a los contratos tradicionales.

Ahora bien, supongamos que el Sr. Michelhauss compró pacas de algodón al Sr. Raffles, cuya entrega debería ser realizada por un barco llamado *Peerless*. Pero mientras el Sr. Michelhauss entendió que la entrega sería en Octubre, el Sr. Raffles creyó que sería en Diciembre, a través de otro barco también llamado *Peerless*. El Sr. Michelhauss no quiere aceptar el cargamento de algodón en diciembre, pues para esa época sus chances de venderlo a buen precio son mucho más bajas.⁵⁷

54 Eging y Dos Santos, ob. cit., p. 58.

55 Cf. Tur Faúndez, ob. cit., p. 81. Más allá de lo dicho, es necesario aclarar que si el SLC se instrumenta mediante acuerdos *multi-sig*, puede ser necesario que las partes deban prestar su consentimiento a la hora de la ejecución del contrato (ver punto VIII del presente trabajo)

56 Un contrato entre máquinas (M2M), por ejemplo.

57 Los hechos de este caso son de "Raffles v. Wichelhaus", un fallo del año 1864 que es el leading case en materia de error en el derecho Inglés. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/>

Es claro que el error en esta situación puede traer aparejada la anulabilidad del acto.⁵⁸ Sin embargo, en caso de que se hubiera celebrado este contrato por medio de un SLC, impedirá obtener un remedio antes de que las prestaciones se efectúen debido a su inmutabilidad y autoejecutabilidad.

Entonces, los SLC son susceptibles de tener los mismos vicios de la voluntad o de los actos jurídicos que un contrato tradicional, las partes no están exentas de contratar mediando error, dolo⁵⁹ o violencia⁶⁰, o incluso lesión⁶¹. El problema que presentan es que anulan la relación entre la validez de un acuerdo y su ejecutabilidad⁶², por lo que el acuerdo contenido en el código no necesita ser válido para ser ejecutado. La ejecución de SLC que adolezcan de estos vicios trae aparejado mayores costos⁶³.

Lo que convendrá, entonces, será proceder con mayor cautela, lo que se traducirá en una elevada compenetración entre juristas y programadores para volcar adecuadamente el contenido de las cláusulas en el código⁶⁴.

B) Análisis del consentimiento desde la óptica del derecho de consumo y los contratos por adhesión

La existencia de una regulación específica para el derecho del consumidor y de los contratos por adhesión se justifica desde la función social del contrato por la necesidad de intervención estatal a efectos de restablecer el equilibrio económico entre las partes contratantes, producido por el crecimiento del poder empresarial⁶⁵.

EWHC/Exch/1864/J19.html (última vez visitado el 04/08/2019).

58 Conforme a lo establecido en el art. 265 del Código Civil y Comercial Argentino (CCyC). La misma solución resultaría de la aplicación de la norma contenida en el art. 138 del Código Civil de Brasil (CCB).

59 Contemplado en los arts. 271 y ss. del CCyC y art. 145 y ss. del CCB.

60 Contemplada en los arts. 276 y ss. del CCyC y art. 151 y ss. del CCB.

61 Ver art. 332 CCyC y art. 157 CCB.

62 Cf. Werbach y Cornell, ob. cit., p. 369.

63 En el mismo sentido: Tolosa, Pamela, "Análisis económico del derecho de los contratos", en Aciarri, Hugo A., *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*, SAIJ, Buenos Aires, 2019, p. 86.

64 Cf. Legeren Molina, ob. cit., p. 227.

65 Cf. Efig y Dos Santos, ob. cit., p. 58.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, podremos afirmar que la regulación se justifica a efectos de solucionar un fallo del mercado, ya que existe información asimétrica, que agravada por la racionalidad limitada que posee el consumidor, trae aparejados una serie de problemas, como la selección adversa y transacciones ineficientes que se traducirán en daños no tolerables socialmente⁶⁶.

A menos que se adopten nuevos estándares legales aplicables a los SLC que los eximan, deberán respetar las normas que dicten los estados en temas relativos a la protección de los consumidores y los contratos celebrados por adhesión.

Si bien *blockchain*, *Bitcoin* y *Ethereum*, entre otros, enarbolan las banderas de la contratación P2P, la contratación será también B2B⁶⁷ y B2C⁶⁸.

En este sentido, “es de rigor destacar que los usos y costumbres del comercio electrónico marcan que los contratos por medios electrónicos se celebran, en su gran mayoría -y en particular aquellos que regulan relaciones de consumo-, mediante la modalidad ‘click-wrap’, que [...] presupone que las cláusulas y condiciones que se aceptan mediante ‘click’ se encuentran previamente redactadas por su proveedor de modo unilateral”⁶⁹.

Estos contratos “click-wrap” son aquellos en los que una de las partes (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas por la otra (predisponente) mediante un simple “click” en la leyenda “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o similar, que aparece normalmente al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario⁷⁰.

En general, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la validez de estos “click-wrap agreements” siempre que se pueda verificar que el adquirente vio las condiciones generales de contratación.

66 Cf. Irigoyen Testa, Matías, “Análisis económico del derecho del Consumidor”, p. 182.

67 *Business to Business* (contratación entre empresas).

68 *Business to Consumer* (contratación entre empresa y consumidor).

69 Grover Dorado, John, “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino”, SAIJ, 26/10/2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga> (última vez visto: 04/08/2019).

70 *Ibidem*.

En el ámbito de los contratos por adhesión y con consumidores, se dan normalmente un sinnúmero de situaciones jurídicas abusivas. Analizaremos a continuación, algunas que podrían llegar a darse en relación a los SLC.

1) Incumplimiento del deber de información

Uno de los pilares sobre los que se asientan el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión es el deber de información del proveedor.

El art. 4 de la Ley de Defensa de Consumidor Argentino y el art. 1100 del CCyC, establecen la obligación del proveedor de suministrar información al consumidor, en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. Esta información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En el mismo sentido se expresa el Código de Defensa de Consumidor de Brasil, al establecer en el punto III del art. 6° es un derecho del consumidor tener la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con las especificaciones que correspondan y los riesgos que los productos traigan aparejados.

También por la misma línea sigue la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet, que establece en su art. 2° que el proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en Internet, en forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: "a) Características del producto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza; b) Disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) El modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) Los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) El procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) El precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posi-

bles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) Advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) El procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible". A su vez, el art. 3° agrega que el proveedor deberá informar: "a) denominación completa del proveedor; b) domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) la identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa. f) el plazo, la extensión, las características y las condiciones a la que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) copia electrónica del contrato; h) el nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales; i) la política de privacidad aplicable a los datos personales; j) métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato".

Entonces, cualquier contrato que se celebre sin respetar el derecho de información del consumidor, será anulable.

Para que el consumidor pueda estar bien informado, debe poder comprender cabalmente el contrato. En efecto, y sin perjuicio de la existencia de la resolución del Mercosur mencionada, los ordenamientos nacionales tanto de Brasil como de Argentina imponen la obligación de redacción en el idioma oficial de cada país⁷¹.

En función de ello, creemos que no es posible celebrar SLC que importen relaciones de consumo sólo en código, sin que sea presentado al usuario una versión en el idioma que corresponda al Estado donde éste reside, e incluso, ante una contradicción entre el contrato escrito en lenguaje natural y en código, no nos quedan dudas de que debe prevalecer el primero, desterrando de esta manera la idea que sostiene "the code is law".

II) Revocación de la aceptación

La mayoría de los ordenamientos legales brindan al consumidor, por un determinado plazo, la posibilidad de revocar o desistir de la aceptación efectuada

71 Ver. art. 10 de la LDCA y art. 31 del CDCB (esta última norma no exige que el contrato sea redactado en portugués, pero impone ese idioma para la oferta).

cuando la contratación no haya sido efectuada en el establecimiento comercial, situación que aplica claramente en la contratación electrónica⁷².

Consideramos que los SLC que caigan dentro de la esfera de una contratación de consumo deberían contemplar en su código la posibilidad que el consumidor pueda revocar la aceptación sin expresión de causa.

III) El SLC como una herramienta para el consumidor

Si bien la tecnología no estaría aún disponible⁷³, algunos doctrinarios entienden que los SLC servirán para empoderar al consumidor. Potencialmente, los consumidores ganarían mayor poder a la hora de negociar con los proveedores al utilizar agentes automatizados para la compra. La teoría indica que el consumidor programaría un agente (que sería un SCC), para que bajo determinadas condiciones celebre un SLC. Al automatizar y estandarizar las condiciones de búsqueda para celebrar un contrato, el consumidor ganaría velocidad y precisión en sus transacciones y lograría celebrar negocios más eficientes⁷⁴.

Aunque es cierto que algunas empresas ya ofrecen el servicio de *bots* a efectos de ayudar al consumidor a celebrar sus contratos, creemos que ello no impide que sus derechos como consumidores no se vean vulnerados. De todos modos, como ocurre en todo lo relacionado a estos temas, los avances en la materia se realizan a pasos agigantados, por lo que no descartamos que en un futuro cercano las ideas comentadas en este acápite sean una realidad.

C) La capacidad de las partes

En el derecho de los contratos tradicional, las personas que no cuentan con capacidad plena no pueden contratar por sí solos. Así, los menores de edad o las personas a las que les ha sido restringida su capacidad, para celebrar determinado tipo de contratos deben hacerlo necesariamente por medio de sus representantes o contando con apoyos al efecto.

72 El derecho argentino lo contempla por un plazo de 10 días (art. 34 de la LDCA), mientras que en el ordenamiento Brasileño la opción se puede ejercer por un plazo de 7 días (art. 49 CDCB). Ambos plazos se cuentan desde el momento en que se celebró el contrato o se recibió el producto, lo último que ocurra.

73 En el año 2014, año en que el autor publicó el artículo (ver nota 74).

74 Cf. Fairfield, Joshua, "Smart Contracts, bitcoin bots and consumer protection", Washington and Lee Law Review Online, 2014, 47.

Actualmente, los SLC no cuentan con mecanismos para determinar la capacidad de las partes. Como veremos, la contratación en la mayoría de las plataformas de SLC se da en el marco del anonimato o por medio de pseudónimos y por medio de firmas electrónicas que no cuentan con el aval de una autoridad de contralor estatal.

Por ello, un menor de edad o una persona con capacidad restringida podría tener *Ethers* y celebrar SLC sin ningún tipo de impedimento, con las lógicas consecuencias disvaliosas (y potenciales mayores costos) que esta situación puede acarrear.

D) El objeto y la legalidad

Uno de los mayores límites impuestos por los ordenamientos a la autonomía de la voluntad consiste en la limitación impuesta a los contratos en relación a su objeto, que no puede ser ilícito.

Determinar qué objeto es lícito y cual no, no es en algunos casos tarea sencilla, ya que el debate sobre los límites involucra argumentos morales y éticos que van mutando a través del tiempo. Así, lo que hasta hace unos años podía ser inmorale, hoy puede ser lícito⁷⁵.

Nuevamente, ante la imposibilidad de la autoridad de contralor (v. gr. un tribunal de justicia) de intervenir para evitar que un SLC se ejecute (intervención *ex ante*), el contrato produciría sus efectos.

E) Anonimato y lavado de activos

Se ha sostenido que los SLC y las *blockchain* tienden a favorecer el "anonimato"⁷⁶. Sin embargo, las *blockchain* que se utilizan para la registración de los SLC no son "anónimas" sino más bien "pseudónimas"⁷⁷, ya que, por distintos

75 Por ejemplo, los pactos sobre herencia futura que permite el art. 1010 del CCyC desde su vigencia en 2015.

76 Cf. Sklaroff, ob. cit., p. 295.

77 Cf. Fernández Cossini, ob. cit., p. 27. Asimismo, se ha sostenido que la existencia de datos anónimos o no identificables es algo imposible desde el punto de vista del análisis de los datos. Ver: Narváez Leite, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet*, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018, p. 139.

medios podrían llegar a obtenerse alguna información sobre el sujeto mediante técnicas de ingeniería reversa⁷⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, si eventualmente se pudiera llegar a identificar a los contratantes, esta operación resultaría muy costosa y, por ende, poco eficiente. Por esta razón, se podrían utilizar los SLC y las criptomonedas para el lavado de activos⁷⁹ o la financiación del terrorismo.

Ante la falta de un tercero que verifique la identidad de las partes y que reporte "actividad sospechosa", tarea que viene siendo muy bien efectuada por el notariado de tipo latino⁸⁰, los SLC deberían construir mecanismos de control que permitan identificar a las partes y detectar transacciones o transferencias ilegales⁸¹.

Personalmente, consideramos que en la actualidad es muy difícil lograr un sistema automático que sea efectivo para cumplir esa tarea.

F) El cumplimiento del código no es necesariamente cumplimiento de contrato - incumplimiento eficiente

Debemos hacer una importante distinción: en los SLC lo que se autoejecuta no es el contrato en sí, sino el código que ha sido programado. Volvamos al ejemplo citado en el punto VI de este trabajo: dos personas celebran un SLC por el cual una compra un automotor en cuotas. En caso de que el comprador no pague la cuota, el software impediría al adquirente utilizar el vehículo.

En este caso, el cumplimiento del contrato se da si el comprador cumple con la prestación objeto del contrato de compraventa, es decir, si paga el precio. Ante la falta del pago, lo que el SLC está ejecutando es la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de cumplimiento contractual.

En muchos casos, el incumplimiento puede ser eficiente e, incluso, preferible al cumplimiento. Los costos del cumplimiento superan a los beneficios

78 Cf. Narváez Leite, ob. cit., p. 144.

79 Ver por ejemplo: González, Carlos, "Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janeiro", Criptonoticias, 2018. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/> (última vez consultado el 04/08/2019).

80 En particular, el propio Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) destacó la actuación de los notarios españoles en la materia. Ver: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/09/legal/1562678511_143303.html

81 Cf. O'Shields, ob. cit., p. 192.

cuando ocurre una contingencia que vuelve a los recursos necesarios para el cumplimiento, más valiosos en un uso alternativo⁸².

Por ello, creemos que es importante y necesario que los SLC contemplen en el código institutos que importan el incumplimiento autorizado por ley del contrato, a saber: la excepción de incumplimiento mencionada, la tutela preventiva en caso en que existan circunstancias que amenacen gravemente el cumplimiento de la otra parte⁸³, frustración del fin del contrato, teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, el caso fortuito y la fuerza mayor, entre otros.

Sin embargo, consideramos que es imposible que un código informático pueda prever todas las contingencias probables para que el contrato se ejecute conforme a la voluntad de las partes⁸⁴.

VIII) RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como ya mencionamos anteriormente, el sistema se jacta de no requerir el auxilio del poder judicial Estatal a efectos de obtener el cumplimiento de los acuerdos.

Ahora bien, en general, las partes que contratan por medio de un SLC, no se conocen y no tienen confianza entre sí, por lo que les puede costar confiar en el otro. Pongamos un ejemplo: una persona quiere comprar un juego de tazas de porcelana china a otro y pagará con *Ethers*. Si el comprador paga antes de recibir el producto, corre el riesgo de que el vendedor no le envíe el producto o le envíe otro de distinta calidad. Si el vendedor envía el producto sin haber recibido el pago, corre el riesgo de que el comprador no lo efectúe *motu proprio*. En cualquiera de los dos casos, el perjudicado debería recurrir a la justicia tradicional, solución que es contraria a la esencia del sistema.

Para solucionar este tipo de problemas, se creó una suerte de mecanismo de arbitraje rudimentario⁸⁵: los *multi-sig smart contracts* (o contratos de firmas múltiples).

82 Cf. Tolosa, ob. cit., p. 87.

83 El art. 1032 del CCyC contempla esta posibilidad.

84 En el mismo sentido: Fernández Cossini, ob. cit., p. 42.

85 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 5.

Se crea una *address* o cuenta especial para el SLC donde el comprador deposita los fondos necesarios para realizar el pago de la transacción y se designa un moderador o árbitro⁸⁶. Para que los fondos sean liberados al vendedor o sean devueltos al comprador se necesita de dos firmas o claves.

Si el comprador recibe el producto de conformidad, ambos (comprador y vendedor) autorizan la transferencia del *Ether*.

Si las partes no se ponen de acuerdo, el árbitro revisará los hechos del caso y determinará quién de las dos partes se queda con los fondos en disputa y firmará en conjunto con el vencedor para que los fondos sean liberados.

Este procedimiento puede presentar, sin embargo, diversos problemas. En primer lugar, como ya advertimos al momento de delinear las funciones de los oráculos, estos árbitros no están exentos de ser manipulados a efectos de forzar una determinada decisión.

Por otro lado, al nombrarse moderadores descentralizados que no dependen de una autoridad superior, habrá un gran grado de incertidumbre en cuanto a la decisión que se tomará, no se contará con precedentes, no será predecible la posición que cada uno de estos árbitros pueda tomar y no se formarán estándares públicos en cuanto a las decisiones, como ocurre con la -relativamente estable- aplicación de la ley efectuada por los tribunales de justicia tradicionales⁸⁷.

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de solucionar este inconveniente estableciendo una suerte de tribunal superior que revise las decisiones de los moderadores y que, en caso de revocarlas o contradecirlas, los moderadores no puedan cobrar el honorario que les corresponde por la tarea realizada⁸⁸.

Sin embargo, no creemos que este tribunal superior sea una solución. En la justicia tradicional, donde se cuenta con precedentes y es mucho más sencillo intuir que decidirá un juez, es usual que las sentencias de una instancia sean revocadas o modificadas por las de un tribunal superior. En el sistema de arbitraje de los SLC descrito, una vez que el moderador tomó la decisión los fondos son transferidos, y esa resolución no tiene vuelta atrás, por lo que se debería recurrir a

86 Sería, también, un oráculo.

87 Cf. Sklaroff, ob. cit., p. 301.

88 *Ibidem*.

la justicia tradicional a efectos de obtener la reparación de los daños o restitución de los fondos.

Tampoco queremos dejar de mencionar que, en materia de contratos de adhesión o de consumo, la aceptación de una cláusula arbitral del tipo de las que venimos comentando, no importará para el aceptante la renuncia a acudir a un tribunal de justicia ordinario⁸⁹.

Otro desafío para los sistemas de administración de justicia desarrollados en el ámbito de los SLC puede ser la necesidad de balancear los derechos del acreedor y del deudor. Si la utilización de estos procedimientos se expande, puede ser necesario regular el código y poner algún límite a la autoejecutabilidad⁹⁰.

Finalmente, habiendo adelantado que puede ser necesario regular el código, cabe preguntarse cómo y quién debería legislar en materia de procedimientos de ejecución. Tradicionalmente, esta materia fue regulada por los estados nacionales y ha sido entendida como una cuestión estrictamente vinculada a la soberanía nacional.

Sin embargo, se ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que en el caso de los SLC, teniendo presente su característica transnacional, sería conveniente una regulación internacional de la materia⁹¹. Sostener lo contrario importaría grandes costos para las empresas que ofrecen servicios por estas vías, ya que deberían tener presente la legislación de cada país al momento de diseñar el código que regirá el SLC.

IX) POTENCIALES USOS RELACIONADOS CON LA LABOR NOTARIAL

Creemos que, dentro de los límites que su estructura posea, los SLC podrían ser aplicados para diversos negocios jurídicos que podrían llegar a estar relacionados con la labor notarial. A continuación analizaremos escuetamente algunos de ellos:

89 En este sentido: punto VII del art. 51 del CDCB y art. 988 inc. b) del CCyC.

90 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 11.

91 Cf. Ortolani, ob. cit., p. 12.

A) SOCIEDADES

Vimos anteriormente que en el marco de *Ethereum* se constituyó una organización descentralizada llamada "The DAO". En ella dos o más personas, organizadas bajo una serie de SC, realizaron aportes e intentaron llevar adelante o un negocio, es decir, en Estados Unidos constituyeron una *partnership*⁹².

Si se formara una organización de este estilo en Argentina, que no hubiera adoptado ningún tipo social y quisiera realizar algún acto frente a un notario, consideramos que sería una sociedad de la sección IV" (antes sociedad de hecho), por lo que correspondería darle, en principio, ese tratamiento.

De todas maneras, y teniendo presente el carácter pseudónimos de sus integrantes y la imposibilidad o gran dificultad para asociar las identidades de los usuarios a la de las personas físicas que deberían comparecer ante el notario, la actuación de este tipo de entidades parece difícil⁹³.

B) SUCESIONES Y PLANIFICACIÓN CONTRACTUAL

Un SLC podría ser utilizado por el futuro causante para ordenar y determinar cómo distribuir sus bienes "tokenizados" al momento de su fallecimiento. Debido a la naturaleza testamentaria que dicho SLC tendría, sería conveniente que se efectuara por acto público notarial, para que el futuro causante pueda recibir un asesoramiento adecuado.

C) FIDEICOMISO EN GARANTÍA

En el ambiente de la contratación no electrónica, un deudor/fiduciante puede transmitir la propiedad de un bien a un fiduciario con la finalidad de garantizar su

92 Cf. Rodrigues, ob. cit., p. 684.

93 Tal vez sea posible la actuación de alguna DAO constituida en el marco de una cadena de bloques permissionada o privada donde los "socios" suscriban el contrato con firma digital (es decir una firma que consista en la aplicación de procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control, que sea susceptible de verificación por terceras partes, que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma, y originada de un certificado emitido por una autoridad certificante habilitada por el Estado).

deuda al acreedor. En caso de que el deudor cumpla, el bien deberá ser restituido al deudor. En caso de que el deudor no cumpla con su obligación, el fiduciario podrá enajenar el bien y entregar las sumas de dinero que haya obtenido al acreedor como parte de pago de la deuda.

Para trasladar esta situación a la actuación notarial relacionada con los SLC, creemos que debería ser necesario desarrollar dos conceptos: 1) La tokenización de inmuebles⁹⁴; y 2) La personalidad.

Si bien la “tokenización de inmuebles” está en una fase muy prematura, consideramos que en el mediano plazo será algo viable y corriente⁹⁵.

Un “token” es una unidad de valor emitida por una entidad privada. Un “token inmobiliario”, en este caso, consistiría en la representación de un derecho sobre un inmueble o una parte indivisa de éste⁹⁶.

Supongamos que quien posee los “tokens” es el único que puede efectuar actos de disposición y administración sobre ese inmueble.

Entonces, volviendo al ejemplo del fideicomiso, dos o más partes podrían celebrar un SLC mediante el cual un deudor transmita la propiedad fiduciaria de los “tokens inmobiliarios” al fiduciario en garantía de una deuda. Ante el incumplimiento del deudor -detectado automáticamente por el SLC-, el fiduciario podría usar su clave para enajenar esos *tokens* y que el producido de esa venta sea depositado -también automáticamente- en la cuenta del acreedor hasta cubrir el monto de la deuda (y en caso de que quedara un remanente, depositarlo en la cuenta del fiduciante/deudor).

Ahora bien, yendo aún más lejos, podríamos pensar que el rol de fiduciario podría ser ejercido por un *bot*, un agente programado para actuar automáticamente.

Cabría analizar, en este caso, la naturaleza jurídica de ese *bot*. ¿Sería conveniente dotarlo de algún tipo de personalidad? ¿Sería un ente con patrimonio propio o una suerte de mandatario del deudor con un patrimonio de afectación especial del deudor creado al efecto?

94 Si bien no desconocemos que el notario puede actuar en los contratos que tengan como objeto todo tipo de bienes, su actuación por antonomasia es en relación a los inmuebles.

95 Cf. Schmidt y Cosola, ob. cit., p. 18.

96 *Ibidem*.

Al momento de disponer del “token”, ¿Es necesaria la intervención de un notario? ¿puede un notario actuar frente al requerimiento de un *bot*?⁹⁷

Más allá de mencionar que consideraríamos necesaria la intervención de un notario al momento de disponer del “token” y sobre todo para asesorar al fiduciante en relación sobre los actos que va a realizar y darle la correcta forma al negocio jurídico, no es nuestra intención contestar las preguntas formuladas. Ellas son, más bien, un disparador que invitan al lector a reflexionar sobre este tipo de situaciones que pueden llegar a darse en un futuro cercano.

X) CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos analizado los *smart contracts*, poniendo el foco en los *smart legal contracts* constituidos sobre una cadena de bloques pública del estilo de *Ethereum*.

Creemos que del análisis queda en claro que, en el estado actual de ésta tecnología, los SLC no están en condiciones de suplantar, ni siquiera en teoría, a los contratos tradicionales. Estos SLC tienen en sus características intrínsecas, se inmutabilidad y su auto-ejecutabilidad, un arma de doble filo. Por un lado, son sus principales virtudes, pero por otro son lo que no les permite adecuarse a las normas existentes en el derecho de los contratos, sobre todo en materia de defensa del consumidor y contratos celebrados por adhesión.

Podemos afirmar, también, que no todo lo que brilla es oro y que pese a que sus defensores pregonan que los SLC han venido para eliminar a los terceros intermediarios y a producir una sustancial baja de los costos de contratación, la realidad no es tan así.

Por un lado, los SLC, para ser eficientes y tener vínculos con el mundo real, dependen de oráculos, terceros que pueden no ser independientes y que presentarán un costo a la hora de recurrir a ellos.

97 No queremos dejar de advertir que este desarrollo es puramente teórico y cuasi-ficcional, y que esta situación es imposible dentro del marco legal y del grado de desarrollo tecnológico actual.

CONGRESOS Y JORNADAS

Por otro, a la hora de suscribir SLC complejos, no solo se necesitará la participación de un especialista en derecho, sino que además habrá que sumar a la ecuación a un informático.

Más aún, como esta tecnología aún se encuentra en desarrollo y no ha sido ampliamente testada, no podemos saber cómo impactará realmente en las relaciones entre consumidores y empresas, pero, a nuestro juicio, no creemos que el resultado vaya a ser favorable para el consumidor.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que puede ser conveniente utilizar los SLC como apoyo para ciertos aspectos de los contratos tradicionales. En el corto plazo será posible para gran parte de las personas celebrar este tipo de acuerdos, y el notario, como profesional del derecho altamente capacitado para la elaboración de contratos, no puede dejar de estudiar las posibles funciones de esta nueva tecnología.

La clave tal vez esté en no buscar que esta tecnología sea mágica y pretender aplicarla en cada situación que sea posible. Así, “del mismo modo que no se usa una llave inglesa para clavar un clavo, tampoco debe utilizarse el SLC para la formalización de cualquier contrato”⁹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

Clack, Christopher D., Bakshi, Vikram A. y Braine, Lee, “Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions”, ArXiv, 2016. Disponible en: <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (última vez visto el 04/08/2019)

Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “Contrato y libertad contractual”, Themis, Revista de Derecho. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (última vez visto: 04/08/2019).

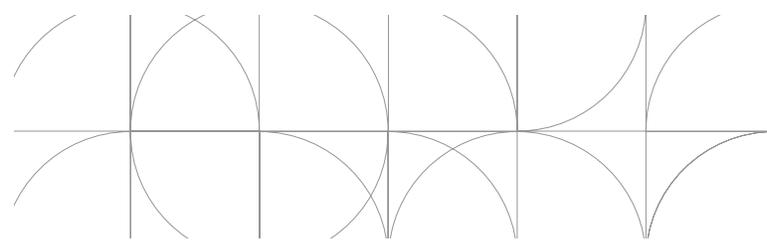
Efing, Carlos y Dos Santos, Adrielly Pinho, “Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro”, Direito & Desenvolvimento, Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável, ago/dez 2018, Vol. 9, Núm. 2. Disponible en: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755> (consultado por última vez el 04/08/2019).

98 Fernández Cossini, ob. cit., p. 100.

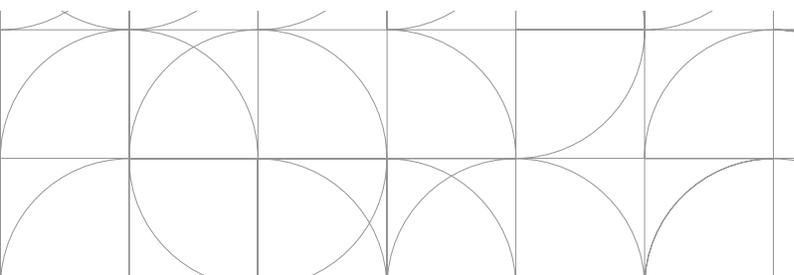
- Fairfield, Joshua, "Smart Contracts, bitcoin bots and consumer protection", Washington and Lee Law Review Online, 2014.
- Fernández Cossini, Elda, "La 'automatización' del derecho y la función notarial", Trabajo elaborado en ocasión de la Beca del Consejo General del Notariado Español, año 2018 (inédito).
- Fin De Figueiredo, Eduardo y Alves Da Silva, Marcos, "A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato", Revista de Direito, Economía e Desenvolvimento Sustentável, ene/jun 2016, V. 2, N°1.
- Freytes, Alejandro E., "Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.
- Gonzalez, Carlos, "Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janeiro", Criptonoticias, 2018. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/> (última vez consultado el 04/08/2019).
- Granero, Horacio R., "Los contratos inteligentes y la tecnología 'blockchain' (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)" EIDial, DC24BB.
- Grover Dorado, John, "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino", SAIJ, 26/10/2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dac160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga> (última vez visto: 04/08/2019)
- Kolber, Adam J., "Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility", Stanford Technology Law Review, N° 198, 2018, p. 200.
- Legeren-Molina, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", Revista de Derecho Civil, Vol. V, N° 2, 2018. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320>
- Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System". Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (última consulta: 04/08/2019).
- Narvaez Leite, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet*, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018.
- O'Shields, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", North Carolina Banking Institute, Vol. 21, art. 11, 2017. Disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11> (última consulta el 04/08/2019).

CONGRESOS Y JORNADAS

- Pérez Consentino, Marcelo E. y Giralt Font, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino - N° 61, mayo 2017.
- Rodrigues, Usha R., "Law and Blockchain", Iowa Law Review, N°104, 2019, p. 679.
- Schmidt, Walter César y Cosola, Sebastián Justo, "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico", trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, realizada en Bariloche del 20 al 22 de septiembre de 2018. Disponible en: <http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/> [última consulta: 04/08/2019].
- Sklaroff, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", University of Pennsylvania Law Review, n°166, 2017.
- Smart Contracts Alliance en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction", p. 9. Disponible en: <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> (última vez visitado el 04/08/2019).
- Stark, Josh. "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: <http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> (última vez visto el 04/08/2019).
- Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (última vez visto el 04/08/2019).
- Szabo, Nick, "Smart Contracts", 1994. Disponible en: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (última vez visto el 04/08/2019).
- Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.
- Werbach, Kevin y Cornell, Nicolas, "Contracts Ex-machina", Duke Law Journal, N° 67, 2007, 313.



DERECHO REGISTRAL



EMBARGO: ¿ESE "CABALLO DE TROYA" JURÍDICO?

**A propósito del art. 745 del nuevo Código y
los alcances de la responsabilidad del ad-
quirente de un bien registrable embargado**

GABRIEL ANÍBAL FUSTER

SUMARIO: I. Introducción. II. El embargo: ¿ese "Caballo de Troya" jurídico? III. ¿Cuál es la cuantía del monto dinerario a depositar para obtener la liberación del inmueble de la afectación del embargo? IV. ¿Algún cambio a propósito del artículo 745 del Nuevo Código? V. ¿Qué importa hablar de "primer embargante"? VI. La naturaleza jurídica del embargo. VII. En búsqueda de una definición de embargo. VIII. La naturaleza estructural del embargo. IX. En conclusión.

* Primer premio en el XX Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en San Fernando del Valle de Catamarca entre el 13 y el 15 de junio de 2019. Corresponde al tema 1, "Registración de medidas cautelares".

I. INTRODUCCIÓN

Tenemos para nosotros que las medidas cautelares en general y el embargo en particular no han sido objeto de un estudio sistemático lo suficientemente sesudo y minucioso por parte de la doctrina jurídica argentina.

Esto ha traído aparejado que se haya abierto un campo propicio para el surgimiento de una multiplicidad de opiniones tan distintas como contradictorias, sobre distintos tópicos. Y uno de ellos es el que motiva la presente ponencia.

En efecto, cuando analizamos los alcances de la responsabilidad del adquirente de un bien registrable embargado no estamos ante un tema novedoso, sino frente a un problema de vieja data.

Tanto es así que hace ya más de noventa años Juan Antonio Bibiloni lo ponía sobre el tapete diciendo: "(...) Sin perjuicio de algunas disposiciones especiales del código, el derecho de pedir el embargo o la inhibición del deudor para disponer de sus bienes, ha quedado abandonado a las leyes locales de procedimientos. Pero los derechos de las personas no pueden ser definidos, ni limitados por las leyes provinciales. (...)".¹

Queda claro de la lectura del pasaje relacionado supra que Bibiloni está reconociendo un problema preexistente, el cual entiende que resulta necesario solucionar.

En efecto, desde hace bastante tiempo se polemiza -tanto a nivel doctrinario, cuanto jurisprudencial- en torno a si el adquirente de un inmueble embargado puede obtener la liberación del bien mediante el depósito de una suma dineraria y, en tal caso, cuál es el monto a depositar: ¿el que indica la anotación de la cautela o el que surge de la planilla de liquidación con la actualización de montos del juicio de que se trata?

1 Ver Juan Antonio Bibiloni en *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, Tomo II, Obligaciones, Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929, p. 20.

II.

EL EMBARGO: ¿ESE "CABALLO DE TROYA" JURÍDICO?

Todos hemos oído hablar -alguna vez, cuando menos- de la Guerra de Troya y -en particular- del "Caballo de Troya", todo lo cual ha despertado arduos debates científicos entre los historiadores, quienes han puesto en tela de juicio desde la existencia de la ciudad de Troya, si la guerra sucedió, cuánto duró esta guerra, si la causa de la guerra fue en verdad el rapto de Helena, hasta el significado del hito del caballo de Troya, entre otros tópicos.

Sabemos hoy, con bases científicas, que Troya sí existió, que fue una próspera ciudad portuaria y comercial (famosa por sus caballos, que se dedicaban a comerciar), fruto esto de su ubicación: el punto de encuentro de Asia y Europa², que la guerra duró poco menos de diez años³ y que la famosa guerra de Troya sí sucedió.

Sin embargo, el Caballo de Troya sigue siendo una incógnita...⁴.

No obstante ello, y a los fines de este ensayo, tomemos por un instante y literalmente esta "historia" -a la que aluden Homero⁵ y Virgilio⁶-, y recordemos que

-
- 2 Recordemos que estaba situada en el Estrecho de Dardanelos, que vierte sus aguas en el Mar Egeo y éste -a su vez- en el Mar Negro.
 - 3 En general, los historiadores coinciden en que esta guerra habría apenas durado cerca de nueve años.
 - 4 Hay quienes sostienen que sí existió a partir -fundamentalmente- de la obra del poeta romano Virgilio (*Eneida*) y quienes la niegan como el geógrafo e historiador griego Pausanias (*Descripción de Grecia*). Recientemente el debate se ha reeditado a partir de la obra de Francesco Tiboni, arqueólogo italiano que sostiene que el caballo de Troya era en realidad un barco con una cabeza de caballo tallada en madera en la proa (ver Francesco Tiboni en "The Dourateous Hippon from allegory to archaeology. A Phoenician Ship to Break the Wall", en "Archaeologia Maritima Mediterranea", *An International Journal on Underwater Archaeology*, 13, pp. 91-104).
 - 5 "(...) Sí, mujer, con gran exactitud lo has contado. Conocí el modo de pensar y de sentir de muchos héroes, pues llevo recorrida gran parte de la tierra: pero mis ojos jamás pudieron dar con un hombre que tuviera el corazón de Odiseo, de ánimo paciente, *¿Qué no hizo y sufrió aquel fuerte varón en el caballo de pulimentada madera, cuyo interior ocupábamos los mejores argivos para llevar a los troyanos la carnicería y la muerte!* Viniste tú en persona -pues debió de moverte algún numen que anhelaba dar gloria a los troyanos- y te seguía Deifobo, semejante a los dioses. Tres veces anduviste alrededor de la hueca emboscada tocándola y llamando por su nombre a los más valientes dánaos y, al hacerlo, remedabas la voz de las esposas de cada uno de los argivos. (...) " (el destacado nos pertenece) (Homero, *Odisea*, IV, 265-290).
 - 6 "(...) ¡Qué locura tan grande, pobres ciudadanos! ¿Del enemigo pensáis que se ha ido? ¿O creéis que los dánaos pueden hacer regalos sin trampa? ¿Así conocemos a Ulises? *O encerrados*

el caballo de Troya consistió en un regalo que le hicieron los aqueos o "argivos" (es decir, los helenos o griegos) a los troyanos después de diez años de una guerra de asedio que terminó siendo infructuosa.

Como reconocimiento al triunfador troyano los helenos abandonaron el campo de batalla, recogieron sus pertenencias y pertrechos, y se embarcaron a la isla de Ténedos, dejando atrás tierras troyanas. Y como reconocimiento al vencedor le regalaron una estatua de madera con forma de caballo: el famoso "Caballo de Troya", que los troyanos tomaron e ingresaron a su ciudad por el pórtico principal, trasponiendo los altos muros de su fortaleza defensiva, y se dieron a los festejos desmedidos.

Dentro del caballo estaba oculto un grupo de generales -dirigidos por Ulises u Odiseo, autor intelectual de esta estratagema- quienes luego de que los troyanos festejaran el triunfo hasta desfallecer de cansancio y ebriedad, procedieron a abrir las puertas de la ciudad para que los helenos entraran, mataran a sus enemigos y tomaran la ciudad.

¿Cuál es el sentido metafórico⁷ del "Caballo de Troya"? Pues que lo que parece ser un trofeo, un premio o un reconocimiento terminó siendo en sí mismo un problema, y en el caso puntual la causa de la derrota y la destrucción de la ciudad de Troya⁸.

en esta madera ocultos están los aqueos, o contra nuestras murallas se ha levantado esta máquina para espiar nuestras casas y caer sobre la ciudad desde lo alto, o algún otro engaño se esconde: teucros, no os fieis del caballo. Sea lo que sea, temo a los dánaos incluso ofreciendo presentes. (...)" (el destacado nos pertenece) (Virgilio, *Eneida*, Libro II).

7 Destáquese que hablamos de *metáfora* en sentido estricto. Recordemos que la *metáfora* integra junto a la *metonimia* y a la *sinécdoque* el género común del *tropo*, y que suelen confundirse y emplearse de manera promiscua estas figuras, denominando -por ejemplo- erróneamente *metáfora* a lo que no lo es. Y tampoco olvidemos que hay autores que no admiten que haya diferencias entre *metonimia* y *sinécdoque*. Verbigracia: sería un error catalogar como un supuesto de *metáfora* la expresión "desvainó el acero (en el sentido de espada)", pues el *tropo* pertinente es la *sinécdoque*.

8 "(...) El caballo estaba en pie, y los teucros, sentados a su alrededor, decían muy confusas razones y vacilaban en la elección de uno de estos tres pareceres; hender el vacío leño con el cruel bronce, subirlo a una altura y despeñarlo, o dejar el gran simulacro como ofrenda propiciatoria a los dioses; esta última resolución debía prevalecer, porque era fatal que la ciudad se arruinase cuando tuviera dentro aquel enorme caballo de madera donde estaban los más valientes argivos, que causaron a los teucros el estrago y la muerte. (...) (...) Cantó cómo los aqueos, saliendo del caballo y dejando la hueca emboscada, asolaron la ciudad; cantó

¿Qué vinculación tiene con la problemática del embargo? Pues que el embargo parece comportarse como una suerte de "Caballo de Troya" jurídico, toda vez que si alguien quiere vender un bien inmueble embargado, se topa con el problema de que el adquirente tendrá el inconveniente de saber si responderá por el monto nominal publicitado, o por el importe del embargo actualizado a la fecha del pago. Y ello puede llevar a que el negocio jurídico no se realice, con el consiguiente perjuicio que ello puede acarrear al vendedor.

III.

¿CUÁL ES LA CUANTÍA DEL MONTO DINERARIO A DEPOSITAR PARA OBTENER LA LIBERACIÓN DEL INMUEBLE DE LA AFECTACIÓN DEL EMBARGO?

A fin de responder este interrogante proponemos seguir el siguiente recorrido expositivo, a saber:

A) LAS DISTINTAS POSTURAS

Resulta imperioso pronunciarse con claridad sobre este tema y decir que, luego de repasar el material colectado sobre esta temática, podemos agrupar las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes sobre el particular en dos corrientes bien definidas (aunque con matices cada una de ellas), a saber: *la corriente o tesis amplia y la corriente o tesis restrictiva*.

Y estas posturas se han reflejado tanto en importantes fallos plenarios de las cámaras nacionales de apelaciones en lo civil y comercial (conocidos como "Plenario Czertok"⁹ y "Plenario Banco de Italia y Río de La Plata"¹⁰), cuanto en la jurisprudencia cordobesa de nuestro Máximo Tribunal de Justicia provincial.

asimismo cómo, dispersos unos por un lado y otros por otro, iban devastando la excelsa urbe, mientras que Odiseo, cual si fuese Ares, tomaba el camino de la casa de Deífobo, juntamente con el deiforme Menelao. Y refirió cómo aquel había osado sostener un terrible combate, del cual alcanzó Victoria por el favor de la magnánima Atenea. (...) (el destacado nos pertenece) (Homero, Odisea, VIII, 490).

9 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S.A. y otro", La Ley, 2001-E, 655.

10 Es dable recordar que no se trató de un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias.

Pero detallemos las mismas en los siguientes términos, a saber:

La tesis amplia ha sido reflejada claramente en el fallo plenario "Czertok" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, según el cual se sostiene: "(...) El adquirente de una cosa registrable, embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la medida cautelar, *no puede liberarse pagando sólo el monto inscripto; sino que responde también: por la desvalorización monetaria si correspondiere, por los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio (...)*" (el destacado nos pertenece)¹¹.

La tesis restrictiva o restringida o limitativa de los efectos que se siguen para el adquirente de una cosa inmueble embargada, sostiene que puede obtenerse la liberación del bien inmueble embargado mediante el depósito del monto nominal exacto de la medida precautoria.

En efecto, así lo recepta el fallo plenario "Banco de Italia y Río de la Plata"¹² ¹³ de la Cámara Comercial Nacional en el que -por mayoría- se expresa que: "(...) ...el comprador de un inmueble embargado por una suma determinada, que deposita en pago el importe a que asciende el embargo, puede obtener el levantamiento de la medida precautoria. (...)"¹⁴.

B) LA EVOLUCIÓN DE ESTA PROBLEMÁTICA

Resulta importante repasar cómo evolucionaron las posturas a lo largo del tiempo para tener una visión panorámica de la problemática controvertida en la causa de marras.

Al respecto cuadra señalar que quizá el antecedente más remoto en la materia sea un viejo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se expidió sobre aspectos generales del problema, pero sin pronunciar-

11 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S.A. y otro", La Ley, 2001-E, 655.

12 La denominación completa del expediente es: "Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira Rey, Teresa, s/ ejecutivo".

13 Vide La Ley, 1983-D, 476.

14 Ver CNCCom, en pleno, 10/10/1983, en autos: "Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira Rey, Teresa, s/ ejecutivo", La Ley, 1983-D, 476. Ver CSJN, 07/05/1934, JA, 46-453.

se sobre la cuantía del depósito necesario para liberar el bien de la cautelar en cuestión.

Precisamente en dicho fallo la Corte Suprema expresaba que la transferencia del dominio con el gravamen constituido supeditaba los derechos del adquirente "(...)" a las resultas del juicio, como si el bien no hubiera sido enajenado "(...)"

Como -sin embargo- la tesis amplia no zanjaba la cuestión, y seguían existiendo amplias discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales, las cámaras de apelaciones en lo civil y comercial de la Provincia de Córdoba dictaron un fallo plenario en el año 1982 disponiendo: "(...) Declarar que *el adquirente de un bien embargado que toma a su cargo el gravamen que consta en un registro público sólo responde por el valor nominal del mismo que resulta del informe registral (...)*" (el destacado nos pertenece)¹⁵.

El temperamento adoptado se cimentaba en que tratándose los inmuebles de bienes registrables el embargo se hace efectivo mediante su registración inmobiliaria, y también en que respecto de este tipo de cautelares la ley ritual exige la especificación de una suma dineraria determinada, todo lo cual hace que devenga en una injusticia imponer al adquirente la obligación de abonar una suma mayor a la que resulta del importe mandado a embargar, y tal limitación se pone de manifiesto frente a otros embargantes que tienen preferencia sobre el saldo de precio que excede el embargo.

Posteriormente, en 1983, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial unificó las posiciones de sus distintas salas mediante un fallo plenario por el que adoptó definitivamente la postura restrictiva; ello así, diciendo: "(...) El comprador de un inmueble embargado por una suma determinada, que deposita en pago el importe a que asciende el embargo, puede obtener el levantamiento de la medida precautoria (...)"¹⁶.

De lo dicho se desprende que, publicitada una medida cautelar en la certificación registral, no hay deber del tercero de indagar acerca de la existencia de

15 Ver Cámaras Civ. y Com. de Cba., Plenario N° 13 de fecha 08/07/1982, en autos: "Zabala Hugo C. c. Erio S. Moretto -Ordinario-", Bol. Jud. de Cba., T XXVII, Vol. 1, enero de 1983, p. 11. Cabe recordar que, instituida la obligatoriedad de los fallos plenarios por Ley 4782 -art. 1343 del CPC anterior-, fue luego derogada en el año 1984 por mandato de la Ley 7157.

16 Ver CNCom., en pleno, 10/10/1983, en autos: "Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira Rey, Teresa", La Ley, 1983-D, 476.

otros créditos que eventualmente pudieran existir, y pudiendo el acreedor pedir la ampliación del embargo como diligencia acorde a su interés, su omisión crea una apariencia jurídica definitiva de la que sólo el acreedor es responsable sin poder sacrificarse en su beneficio el interés del tráfico y del comprador.

En el referido Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se responsabiliza al adquirente por la actualización del monto de la cautela (si correspondiere), los intereses, las costas, y las sucesivas ampliaciones, y por las demás consecuencias del juicio.

Sin embargo, es dable recordar que posteriormente dicho criterio jurisprudencial fue objeto de modificación mediante el dictado de un fallo plenario en virtud del cual se decidió que en materia de embargo de bienes registrables el deudor embargado puede liberarse acudiendo al expediente judicial en cuyo marco se libró la medida cautelar a fin de formular planilla de actualización de montos y así saber cuál es el importe dinerario actualizado que debe consignarse judicialmente para liberar el bien del embargo de que se trata.

Concretamente estamos aludiendo al plenario "Czertok" de las cámaras nacionales civiles, en el que se dispuso que "... el adquirente de una cosa registrable, embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la medida cautelar, *no puede liberarse pagando sólo el monto inscripto; sino que responde también: por la desvalorización monetaria si correspondiere, por los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio...*" (el destacado nos pertenece)¹⁷.

IV.

¿ALGÚN CAMBIO A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 745 DEL NUEVO CÓDIGO?

Tenemos para nosotros que la falta de previsión en el derecho de fondo de una norma reglamentaria del alcance de la responsabilidad del adquirente de un bien registrable embargado ha sido un semillero propicio para que germinen tanto dudas e inquietudes, cuanto posturas doctrinarias y jurisprudenciales divergentes y hasta contradictorias.

17 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada SA y otro", La Ley, 2001-E, 655.

Frente a este panorama a nivel nacional se sigue echando mano y citando los fallos plenarios "Banco de Italia y Río de la Plata"¹⁸ (por la postura restringida) y "Czertok"¹⁹ (*por la postura amplia*) a modo de resumen de las diferentes posiciones jurídicas existentes.

¿Qué importancia tiene plantearse esta cuestión ahora? Pues que en la actualidad lo que hasta el año 2015 era objeto o bien de regulación por las normas rituales, o bien de tratamiento doctrinario y jurisprudencial, ha sido incorporado a la ley de fondo de rigor en materia civil y comercial: *el Código Civil y Comercial de la Nación*; y más precisamente allá por el art. 745 de este último.

En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación adopta el instituto jurídico de la "Prioridad del primer embargante", en el art. 745, que prevé: "(...) Art. 745.- *Prioridad del primer embargante*. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. (...) (...) Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. (...) (...) Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. (...) (...) Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores. (...)".

La *fente* de este precepto legal no se encuentra ni en el abrogado Código de Vélez, ni en el Proyecto de 1998.

Muy por el contrario, la fuente directa e inmediata la encontramos en los códigos rituales o procesales, como -por ejemplo- el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en el art. 218 dispone: "(...) Art. 218.- *Prioridad del primer embargante*. El acreedor que ha obtenido el embargo de bienes de su deudor, no afectados a créditos privilegiados, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, salvo en el caso de concurso. (...) (...) Los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores. (...)".

18 Es dable recordar que no se trató de un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias.

19 Es menester recordar que tampoco fue un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias -totales y parciales-, lo que denota la naturaleza controvertida del tema en cuestión.

Y a su vez el antecedente más remoto lo hallamos en el art. 867 del Anteproyecto de Código Civil para la República Argentina de 1954²⁰, que reza: "(...) El acreedor que ha obtenido embargo de los bienes del deudor, tiene derecho a percibir del producido de la venta de los objetos embargados el importe de su crédito, intereses y costas, con prioridad sobre otros acreedores del deudor, salvo que éste haya sido declarado en estado de concurso o que los acreedores oponentes estén munidos de un derecho real o privilegio especial sobre el bien embargado. (...) (...) Si varios acreedores hubiesen embargado el mismo bien del deudor, la prioridad entre ellos se determinará por la fecha del desapoderamiento de la cosa si se tratase de muebles, o de la inscripción del embargo en el Registro inmobiliario tratándose de inmuebles. (...) (...) Los embargos ulteriores sólo afectarán el sobrante del producido de la venta, después de satisfechos los créditos que hayan obtenido embargos anteriores (...)".

A estas alturas bien podemos preguntarnos: ¿la previsión contenida en el art. 745 del nuevo Código resuelve el viejo debate doctrinario entre las posturas amplia y restringida?

Para responder este interrogante es menester indagar y pronunciarse previamente sobre una serie de tópicos, a saber: 1) ¿Qué importa hablar de primer embargante? 2) Naturaleza jurídica del embargo. 3) Naturaleza estructural del embargo.

Seguidamente habremos de analizar los mismos.

V.

¿QUÉ IMPORTA HABLAR DE "PRIMER EMBARGANTE"?

La primera cuestión a dilucidar es qué se entiende por "primer embargante": con esta expresión ¿nos estamos refiriendo a quien embarga un bien raíz hasta ese momento libre de gravámenes o -muy por el contrario- alude al orden de prioridad que en materia de inmuebles surge del orden cronológico de toma de razón de las medidas cautelares de embargo?

20 Es dable recordar que este anteproyecto fue confeccionado por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, dirigido por el Dr. Jorge Joaquín Llambías.

Dicho más derechamente, primer embargante puede entenderse, por un lado, como aquél que grava un inmueble que hasta ese momento estaba libre de gravámenes; o, por otro costado, como aquél embargante de un bien que ya ha sido objeto de distintos gravámenes, pero que resulta prioritario respecto de otro embargante posterior con el cual se encuentra en conflicto.

Tenemos para nosotros que la interpretación correcta es esta última, lo que embona la doctrina "oficial" (Lorenzetti) al decir: "(...) III. 4) Concurrencia de varios acreedores Si varios acreedores obtienen embargo sobre el mismo bien, tiene preferencia aquel que hubiera trabado el embargo en primer término temporal. Este acreedor tendrá derecho al cobro de un crédito, intereses y costas, y sólo sobre el remanente del producto de la ejecución concurrirán los demás embargantes. (...) "²¹.

Por tanto, tenemos para nosotros que la expresión "primer embargante" debe interpretarse sistémicamente en función del principio de prioridad registral, expresado en el adagio latino "Prior in tempore, potior in iure"²² y receptado en los arts. 19 y 40 de la Ley Registral Inmobiliaria Nacional (Ley 17.801), consagra un régimen de preferencias en el tratamiento de los documentos idóneos que ingresan al Registro Inmobiliario en función del momento en que acceden a este último.

Ahora bien, ¿tiene el primer embargante realmente un privilegio?

La discusión no es novedosa, sino que desde hace bastante tiempo se debate este tópico, dividiéndose las aguas entre quienes entienden que el primer embargante goza de un privilegio²³, y -muy por el contrario- quienes coligen que estamos técnicamente frente a una preferencia de distinta naturaleza, que emerge en virtud de la afectación que importa el embargo, la que no puede modificarse -en perjuicio del embargante- por actos posteriores, sin autorización legal²⁴.

Ello explica que el derecho del primer embargante ceda en caso de concurso y, en caso de ejecuciones individuales, frente a cualquier acreedor con privilegio especial sobre la cosa embargada.

21 Ver *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, de Ricardo Luis Lorenzetti (Director) - Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (Coordinadores), Tomo V, arts. 1882 a 2161, Primera edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 58.

22 Que correctamente traducido significa: "Primer en el tiempo más puede en el derecho".

23 En este sentido se pronuncian: Podetti / Busso -entre otros-.

24 En este sentido: Llambias -entre otros-.

En efecto, en el fallo se señala: "(...) Del texto de la norma surge expresamente que la reglamentación de *la preferencia al cobro de la totalidad del crédito, léase capital, intereses y costas, fue dispuesta sólo a favor del primer embargante y el aquí apelante no reviste tal carácter. (...)*" (el destacado nos pertenece).

En realidad, tenemos para nosotros el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y modificatorias) no le acuerda al instituto de la preferencia del primer embargante el carácter de privilegio legal; ello así, por las siguientes razones, a saber: a) en primer lugar, por el hecho de que la preferencia del primer embargante ceda en caso de concurso y, en caso de ejecuciones individuales, frente a cualquier acreedor con privilegio especial sobre la cosa embargada [argumento material]; b) en segundo lugar, ante la falta de inclusión formal y expresa en el Capítulo 1: "Disposiciones generales", del Título II: "Privilegios", del Libro Sexto: "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales" del Nuevo Código [argumento formal-metodológico]; c) en tercer lugar, la postura de la doctrina "oficial" (Lorenzetti) que al respecto señala: "(...) III. 4) *Concurrencia de varios acreedores Si varios acreedores obtienen embargo sobre el mismo bien, tiene preferencia aquel que hubiera trabado el embargo en primer término temporal. Este acreedor tendrá derecho al cobro de un crédito, intereses y costas, y sólo sobre el remanente del producto de la ejecución concurrirán los demás embargantes. (...)*" (el destacado nos pertenece) (argumento psicológico²⁵);²⁶; y d) en cuarto lugar, que en las fuentes de este art. 745 del Nuevo Código, a saber: el art. 218 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el art. 867 del Anteproyecto de Código Civil para la República Argentina de 1954, jamás se habla de "primer embargante" (el destacado nos pertenece) (argumento histórico).

25 Al respecto se ha expresado: "A veces se presenta como una variante del argumento histórico el llamado *argumento psicológico*, que recomienda atender a la voluntad del sujeto que dictó la norma, consultando para ello los informes o dictámenes de la época, los trabajos preparatorios, las actas parlamentarias, etc." (L. Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 271). A mayor abundamiento ver: R. De Asís Roig, "La interpretación y la aplicación del Derecho", en G. Pecesbarba; E. Fernández y R. De Asís et al., *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 236.

26 Ver *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, de Ricardo Luis Lorenzetti (Director) - Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (Coordinadores), Tomo V, Arts. 1882 a 2161, Primera edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 58.

VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBARGO

A) LA GÉNESIS DEL EMBARGO

Tenemos para nosotros que la génesis del proceso de ejecución judicial forzosa o -en otros términos- de la subasta judicial se encuentra en materia obligacional, y más precisamente allá por los arts. 730 y 777 del Código Civil y Comercial de la Nación que -respectivamente- disponen: "(...) Art. 730.- *Efectos con relación al acreedor. La obligación da derecho al acreedor a: (...) (...) a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; (...) (...) b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; (...) (...) c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. (...) (...) Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas. (...)*" (el destacado nos pertenece)²⁷.

Y también: "(...) Art. 777.- Ejecución forzada. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: (...) (...) a) exigir el cumplimiento específico; (...) (...) b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; (...) (...) c) reclamar los daños y perjuicios. (...) " (el destacado nos pertenece)²⁸.

27 Este precepto normativo se ubica, metodológicamente, en el marco del Capítulo 1: "Disposiciones generales", del Título I: "Obligaciones en general", del Libro Tercero: "Derechos Personales", del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y modificatorias).

28 Este dispositivo legal se ubica, metodológicamente, en el marco de la Sección 2ª: "Obligaciones de hacer y de no hacer", del Parágrafo 1º: Disposiciones generales", de la Sección 1º: "Obligaciones de dar", del Capítulo 3: "Clases de obligaciones", del Título I: "Obligaciones en general", del Libro Tercero:

Aquí el legislador ha incurrido en un defecto de técnica legislativa que Alfredo Colmo daba en llamar "superfetación", que consiste en reiterar innecesariamente el mismo temperamento jurídico, volcándolo en dos preceptos legales distintos: *los arts. 730 y 777 del nuevo Código*.

Si ubicamos al embargo como parte necesaria de la subasta judicial, es decir en el marco del proceso de ejecución judicial del bien gravado, lo estamos enmarcando en el derecho de fondo, más allá de que tenga "reflejo procesal".

Por el contrario, si no lo ubicamos como parte necesaria de la subasta judicial, y lo dejamos en manos del Derecho Procesal pues le damos naturaleza puramente ritual.

Por tanto, las posturas doctrinarias que ubican al embargo "dentro" del proceso de ejecución judicial le dan un tinte fondal (es decir, de derecho sustancial o de fondo), mientras que las posiciones que lo consideran una medida cautelar típica, le dan una tónica procesal.

Esto no significa obviar aquellas posturas doctrinarias -nacionales y extranjeras- eclécticas o mixtas, que entienden que el embargo tiene una naturaleza bifronte, es decir en parte procesal y en parte sustancial.

Tal el caso de quienes entienden que estamos ante un derecho real de carácter procesal (Ríos Salmerón²⁹/Molinario³⁰/Alterini³¹ -entre otros-).

Pero repasemos, seguidamente, algunos lineamientos en materia de embargo seguidos en términos de Derecho Comparado.

"Derechos Personales", del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994 y modificatorias). "64. He aquí un primer orden de transgresiones, que llamaré superfetaciones. Estriban éstas en repeticiones parciales, en cuyo mérito se incluyen en un precepto cualquiera un concepto que sobra, porque se encuentra o en los principios generales o en las disposiciones que directamente rigen el asunto" (el destacado nos pertenece) (ver Alfredo Colmo en *Técnica legislativa*, Segunda Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 208).

29 Ver B. Ríos, en *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, Civitas, p. 451.

30 Según Luis Moisset de Espanés en sus clases en el Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

31 Ver María Eugenia Alterini, en "El embargo como derecho real procesal", en *Revista del Notariado* 879, p. 89 y ss.

B) UN POCO DE DERECHO COMPARADO

1) La doctrina italiana

En la doctrina italiana no se emplea el término "embargo" sino el de "pignoramento", y se lo concibe como un acto complejo (e incluso -por algunos- como un proceso en sí mismo) que se enmarca dentro de otro proceso mayor: *el proceso de ejecución judicial*.

Si no se aclara esto resulta difícil comprender acabadamente definiciones como la de Calamandrei que entiende al *pignoramento* como una expropiación por parte del juez de la facultad del deudor de disponer del bien de su propiedad, *lo que trasunta en que el bien pignorado (léase "embargado") se vuelva indisponible*.

En efecto, así lo expresa diciendo: "(...) La actividad ejecutiva puede consistir en el cumplimiento de autoridad, sobre el patrimonio del deudor, de actos de disposición, los cuales produzcan en él, con independencia de la voluntad del individuo, cambios jurídicos no necesariamente acompañados del uso de la fuerza física (*los muebles pignorados se hacen indisponibles en virtud del apremio contenido en la pignoración... (...) (...) ...el deudor pierde la propiedad en virtud de la providencia por la que el juez de ejecución ordena la transferencia al adjudicatario del bien expropiado (...)*)" (el destacado nos pertenece)³².

La doctrina jurídica italiana (Calamandrei / Carnelutti / Carnacini³³/ Calvosa³⁴ -entre otros-) nos habla de la dinámica estructural del *pignoramento* (embargo)³⁵ pues trata al embargo (en realidad, al *pignoramento*) no como un acto simple, sino como un acto complejo y continuado, que forma parte de un proceso mayor y más amplio: el proceso de ejecución judicial de los bienes, que persigue como fin último la realización del bien gravado en procura de la satisfacción del crédito insoluto del acreedor.

Sobre los autores italianos citados es menester recordar que los mismos deben ser históricamente ubicados. En esos tiempos se discutía si las garan-

32 Ver P. Calamandrei en *Instituciones de derecho procesal civil*, Volumen I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1996, librería El Foro SA, pp. 170/171.

33 Vide *Contributo alla teoría del pignoramento*, 1936, p. 4.

34 Vide *Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo*, 1953, pp. 2/33.

35 De aquí tomamos el título de este apartado del presente ensayo.

tías reales (incluida el "pignoramento") configuraban una categoría única subsumible en los derechos reales de garantía (tesis unitaria)³⁶, o si eran una categoría autónoma y distinta de estos últimos (tesis dualista)³⁷, deviniendo en una modalidad de la acción ejecutiva.

En tal sentido, resultan ilustrativas las siguientes palabras: "(...) Las dudas sobre la definición del ámbito de la categoría pueden hacerse remontar al Código Civil de 1865, cuando los intérpretes se dividían entre aquellos que sostenían la naturaleza real de la prenda y la hipoteca, y aquellos que la negaban, reconociendo en la garantía real una modalidad de la acción ejecutiva. (...) (el destacado nos pertenece)³⁸.

En fin, en el derecho italiano el juez expropia del deudor la facultad de disposición del bien pignorado (o embargado), con lo cual el embargo importa (aunque no se lo denomine así) una causal de *indisponibilidad* del bien afectado por dicha medida. Embonan esta afirmación las propias palabras del ilustre jurista italiano Carnelutti quien tiene dicho que: "(la pignorabilidad es) ... la idoneidad de los bienes para ser objeto de responsabilidad por restitución mediante *expropiación*. (...)" (el destacado nos pertenece)³⁹.

Así pues, bien podemos decir que el "pignoramento" italiano es el acto o la medida del ordenamiento jurídico italiano que reviste un parentesco más cercano (sin tratarse de la misma medida) a nuestro "embargo". Y decimos "más cercano" pues el embargo en nuestro Derecho reviste naturaleza jurídica procesal o ritual, mientras que en otros sistemas jurídicos (en este caso el italiano) reviste naturaleza sustancial.

2) La doctrina española

En la doctrina española, si bien sí se usa el vocablo "embargo", es menester enfatizar que existen dos corrientes o posturas doctrinarias en torno a la

36 Sostenida por autores tales como Pugliatti, Coviello, Franceschelli, Barassi -entre otros-.

37 Sostenida por autores tales como Carnelutti, Liebmann, Carnacini -entre otros-.

38 Ver Enrico Gabrielli - Carlos De Cores Helguera en *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Editorial REUS SA, Madrid, 2008, p. 329.

39 Ver Francesco Carnelutti en *Instituciones del proceso civil*, volumen I, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997, librería El Foro SA, pp. 285/286.

naturaleza jurídica del embargo, a saber: (i) por un lado, *la tesis procesalista*; y (ii) por otro costado, *la tesis sustantivista*.

Como ejemplo de *la tesis procesalista* citaremos a Carreras quien tiene dicho que: "(...) ... por embargo entendemos aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes. (...)" (el destacado nos pertenece)⁴⁰.

Por otra parte, y como muestra de *la tesis sustantivista* citaremos a Moreno quien respecto del embargo ha dicho: "(...) *El embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa*, mediante la que, una vez que se han individualizado bienes de contenido patrimonial en el patrimonio del deudor, suficientes para cubrir la responsabilidad determinada por el despacho de ejecución, son perseguidos en la ejecución forzosa declarándolos sujetos a la ejecución, para proporcionar al acreedor una cantidad de dinero, bien directamente, porque ser habido precisamente dinero, o bien a través de la realización de otros elementos patrimoniales susceptibles de convertirse en dinero (sin perjuicio de que el pago pueda efectuarse en otra forma, como la entrega en administración para pago). (...)" (el destacado nos pertenece)⁴¹.

Como vemos para un importante sector de la doctrina española⁴² el embargo también se enmarca en *el proceso de ejecución judicial* de los bienes del deudor, en procura de satisfacer un crédito insoluto.

C) LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBARGO

Desde un punto de vista teórico si concluimos que el embargo reviste naturaleza fonal su regulación legal es materia delegada a la Nación, mientras

40 Ver Jorge Carreras en *El embargo de bienes*, Barcelona, Bosch, p. 136.

41 Ver Víctor Moreno Catena en *Ejecución forzosa*, Lima, Palestra, 2009, pp. 217/218.

42 Hablamos de un sector importante de la doctrina española, pues la postura no es pacífica y existe una corriente que podemos calificar de "procesalista".

que si reviste naturaleza procesal su reglamentación es materia no delegada y por tanto de incumbencia provincial, a través de sus códigos rituales.

Pero, como lo indica el título de este apartado, nos interesa aquí analizar la relevancia práctica del instituto jurídico de que se trata: *el embargo*.

Si tuviésemos que expresar en una pregunta, que refleje la búsqueda de la importancia práctica de este distingo, creemos que ella debería ser: ¿se puede subastar un bien sin embargo previo?

En virtud de lo hasta aquí expuesto tenemos para nosotros que quienes entiendan que el embargo reviste naturaleza sustancial y -por tanto- hace necesariamente al proceso de ejecución judicial forzosa del bien gravado, deberán concluir que no es posible la ejecución judicial forzosa de un bien (subasta judicial) sin que se haya previamente embargado el mismo.

En cambio, quienes colijan que el embargo no se ubica necesariamente en el proceso de ejecución, sino que es una medida paralela y contingente de carácter puramente procesal, deberán concluir que la ejecución judicial puede verificarse sin embargo previo.

¿Dónde se ve en la práctica la importancia práctica de este distingo? Pues al momento de determinar si es necesario que el bien a subastar haya sido previamente embargado o no. En Córdoba, cuando se va a subastar un bien inmueble se pide que se acredite en el expediente judicial que el mismo se haya embargado. Y entonces nos preguntamos: ¿no podría subastarse o ejecutarse judicialmente un bien inmueble sin que haya sido previamente embargado? A nuestro entender creemos que sí sería posible.

Pero para entender mejor este tópico es importante formular algunas distinciones. A saber:

Generalmente, la doctrina argentina señala como hitos o momentos del proceso de ejecución judicial de bienes los siguientes: 1) acto de remate; 2) resolución judicial aprobatoria del mismo (denominado en la jerga judicial "auto aprobatorio de remate"); 3) pago del precio del remate; y 4) puesta en posesión del bien subastado.

Quienes entiendan que el embargo hace al proceso de ejecución deberán ubicar al embargo como un requisito *sine qua non* en el marco del proceso de ejecución judicial. Y deberá ser el primero, quedando el proceso judicial compuesto por cinco -y no cuatro- pasos, a saber: 1) embargo; 2) acto de remate;

3) resolución judicial aprobatoria del mismo (denominado en la jerga judicial "auto aprobatorio de remate"); 4) pago de precio del remate; y 5) puesta en posesión del bien subastado.

En cambio, *para quienes no conciben al embargo como un requisito sine qua non del proceso de ejecución judicial coactivo de bienes, el embargo no será necesario a los fines de poder subastar un bien. Y esta es la posición a la que adherimos.*

VII. EN BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DE EMBARGO

A) UNA NECESARIA ACLARACIÓN PRELIMINAR

Lo primero que tenemos que señalar es que comúnmente se confunde la definición de embargo con la precisión de los efectos que produce. Y de allí se sigue que muchos autores pretenden definir al embargo por los efectos que genera, sin precisar qué es (naturaleza jurídica).

Dicho más derechamente una cuestión es lo que el embargo es, que responde a la pregunta "¿qué es el embargo?", y otra distinta es la atinente a las consecuencias del embargo, que contesta el interrogante acerca de "¿qué efectos produce el embargo?".

B) ¿QUÉ ES EL EMBARGO?

Resulta ineludible acudir a los dos colosos de la doctrina procesalista argentina: Hugo Alsina y Ramiro Podetti a fin de intentar responder al interrogante que titula este apartado.

Sobre el particular Alsina tiene dicho⁴³ que el embargo es "(...) ... la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución. Es una diligencia que solo puede ordenarse por el tribunal, ya que el acreedor únicamente puede obtener esa afectación fuera del juicio por vía convencional... (...)", y -abrevando

43 Ver Hugo Alsina en *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo V, Segunda edición, Editorial Ediar SA, Buenos Aires, 1962, p. 62.

en la doctrina alemana agrega- que el embargo es "(...) ... *un caso de incautación por el Estado... (...)*" (el subrayado nos pertenece), o de "(...) ... *la sujeción jurídica del objeto embargado, en razón de la cual el poder de disposición sobre el mismo pasa al Estado* y es sustraído al deudor, tanto lo exija la realización de la ejecución. (...)" (el destacado nos pertenece).

A su turno, Ramiro Podetti⁴⁴ nos dice que el embargo es "(...) ... la medida judicial que afecta a un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizándolos y limitando las facultades de disposición y goce... (...)".

Pese a ser ambos procesalistas para subyacer en la opinión de Alsina la concepción fondal del embargo como un supuesto de expropiación (instituto éste del Derecho sustancial) de la facultad de disposición del deudor embargado.

Por el contrario, en la posición de Podetti parece subyacer la postura procesalista pura, que lo entiende como una medida cautelar típica de naturaleza ritual.

Tenemos para nosotros que *el embargo es una medida cautelar de naturaleza procesal que importa la afectación de una porción del bien al pago de un crédito insoluto.*

C) ¿QUÉ EFECTOS PRODUCE EL EMBARGO?

Establecido qué entendemos por embargo, y luego de relevar las dos posturas que entendemos principales al respecto, entendemos pertinente señalar cuáles son los efectos que produce el embargo.

Respecto de los efectos del embargo Alsina tiene dicho⁴⁵ que: "(...) ... *el objeto del embargo es la inmovilización del bien* para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito una vez que le sea reconocido en la sentencia... (...)".

Ramiro Podetti⁴⁶ nos dice que el embargo es "(...) ... la medida judicial que afecta a un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al

44 Ver Ramiro Podetti en *Tratado de las Ejecuciones*, Editorial Ediar SA, Buenos Aires, 1952, p. 143.

45 Ver Hugo Alsina en *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo V, Segunda edición, Editorial Ediar SA, Buenos Aires, 1962, p. 62.

46 Ver Ramiro Podetti en *Tratado de las Ejecuciones*, Editorial Ediar SA, Buenos Aires, 1952, p. 143.

pago eventual de un crédito, individualizándolos y *limitando las facultades de disposición y goce... (...)*”.

Como corolario de lo expuesto podemos concluir que para un sector doctrinario (Alsina) el embargo impide la disposición del bien, mientras que para otro la limita o restringe (Podetti).

Tenemos para nosotros que *el embargo no impide la disposición del bien, sino que la limita o restringe*, tal como lo enseña Podetti.

Embona nuestra posición lo dispuesto por el art. 1009 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y modificatorias), que prevé: "(...) Art. 1009.- Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares. *Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. (...)* (...) Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe. (...)" (el destacado nos pertenece).

De la lectura del mismo queda claro que un bien embargado puede ser objeto de disposición, más allá de que las facultades de disposición del titular estarán limitadas, restringidas o acotadas en virtud de la medida cautelar de que se trata.

D) NUESTRA POSTURA

Tenemos para nosotros que *el embargo es una medida cautelar de naturaleza procesal que consiste en la afectación de una porción del valor de la cosa al pago de un crédito, y que produce la limitación de la facultad de disposición del bien afectado por dicha especie de medida cautelar*.

Si el embargo es gravar una parte del valor de la cosa al pago de un crédito, de ello se sigue que la manda judicial debe contener la expresión del monto dinerario por el cual se afecta o grava el bien embargado, bajo la calidad de *conditio sine qua non* o requisito esencial.

Muy por el contrario, para quienes entiendan que el embargo es una suerte de interdicción o indisponibilidad del bien, como producto de la expropiación de la facultad de disposición del deudor por el Estado, la expresión de un monto no resultará necesaria sino contingente.

Dentro de esta última postura, se exprese o no monto en el mandamiento judicial de embargo será menester pagar el monto actualizado adeudado, compuesto

de capital, intereses y costas causídicas. Y podrá o no expresarse el monto del embargo en, por ejemplo, los registros inmobiliarios.

Sin embargo, es menester advertir que en este último supuesto creemos que se diluyen las diferencias entre el embargo y la anotación de litis, en cuanto medidas cautelares.

VIII.

LA NATURALEZA ESTRUCTURAL DEL EMBARGO⁴⁷

Entendemos que analizar la estructura del embargo en materia inmobiliaria debe responder a la intención de precisar quiénes se encuentran legitimados para embargar, qué se puede embargar, y en función de qué se puede embargar.

Alguien podría sostener que quien embarga es *el acreedor*, pues si no hay persona que -en grado de verosimilitud- tenga derecho al cobro de un crédito no sería viable embargar. Pero también es cierto que solamente *el juez* goza del *imperium* para embargar, en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Nacional, que prevé que nadie puede ser privado de su propiedad sino por sentencia fundada en ley⁴⁸.

Respecto del objeto de embargo debemos señalar que pueden ser tanto cosas -es decir, bienes en sentido estricto- (por ejemplo, un inmueble), cuanto derechos -es decir, bienes en sentido amplio- (verbigracia, los derechos posesorios sobre un inmueble).

Ahora bien, ¿en función de qué se podrá embargar? Pues en función de un crédito insoluto, o -en otras palabras- de una obligación incumplida.

Tenemos para nosotros que resulta fundamental precisar la extensión del embargo, es decir señalar cuál es el monto de la medida cautelar, en función de que concebimos al embargo como una cautela que afecta una porción del valor de la cosa al pago de un crédito insoluto.

47 Hemos elaborado este título a partir de los estudios realizados por la doctrina italiana, tal como habremos de analizar seguidamente.

48 En este caso no estamos ante una sentencia *strictu sensu*, pero sí ante una resolución judicial que le resulta equiparable, por "causar estado".

Dicho más derechamente, según qué se entienda por embargo (definición de embargo) se seguirá de ello si la expresión del monto del mismo es o no una *conditio sine qua non*.

IX. **EN CONCLUSIÓN**

Motiva el presente ensayo analizar si el viejo debate doctrinario y jurisprudencial reflejado -quizá de una manera simplista pero clara- por los fallos "Plenario Czertok"⁴⁹ y "Plenario Banco de Italia y Río de La Plata"⁵⁰, se ha visto solucionado y superado con la regulación legal contenida en el art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¿Por qué surge nuestra inquietud? Pues debido a que en ocasiones los códigos rituales locales⁵¹ prevén que el embargo ya incluye -en el monto publicitado- los rubros correspondientes a capital, intereses y costas judiciales adeudadas, razón por la cual pagando el monto publicitado (tesis restrictiva: "Plenario Banco de Italia y Río de la Plata") ya se estará dando cumplimiento al texto literal del art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación, que parece⁵² responder al temperamento del plenario "Czertok" (tesis amplia).

49 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S.A. y otro", La Ley, 2001-E, 655.

50 Es dable recordar que no se trató de un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias.

51 En Córdoba la ley del rito o foral en materia civil y comercial prevé que el embargo preventivo incluye en su cuantía (monto) los rubros correspondientes a capital, intereses y costas judiciales provisorias. En efecto, el art. 471 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Ley 8465) prescribe lo siguiente, a saber: "(...) El embargo preventivo se limitará a los bienes necesarios para cubrir la deuda, intereses y costas provisorias. (...)". Por tanto, el embargo ya incluye en su monto los importes correspondientes a capital adeudado, intereses devengados, y costas causídicas. De esta manera, entendemos que cuando el art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que el embargante anterior tendrá preferencia de cobro de su crédito respecto del posterior, incluyendo los rubros correspondientes a capital, intereses y costas, deviene redundante en función de la ley ritual cordobesa; ello, toda vez que el embargo "cordobés" ya incluye capital, intereses y costas en su monto, en función de la ley forense local. Ahora bien, esto es lo que acontece en Córdoba, pero no necesariamente ésta es la realidad de otras provincias.

52 Decimos "parece" en virtud de las dudas que nos genera el texto legal, y que motivan el presente trabajo.

Pero el monto publicitado no necesariamente será el importe actualizado que surja de la planilla de liquidación y actualización de capital, intereses y costas judiciales a la fecha del pago de la deuda.

Si la *ratio legis* es que se refleje la tesis amplia plasmada en plenario "Czertok"⁵³ sería menester reformular el texto legal del precepto normativo en cuestión, en el entendimiento de que tal como ha sido redactado el mismo no resulta claro.

Por esta razón proponemos que en una futura reforma se reformule al art. 745 del nuevo Código, en los siguientes términos: "(...) Art. 745.- *Prioridad del primer embargo*. Se entiende por embargo la afectación de una porción del valor del bien afectado por esta medida al pago de un crédito. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar íntegramente su crédito, lo que importa que los rubros correspondientes a capital, intereses y costas judiciales estén actualizados al momento del pago, más allá del importe publicitado en los registros respectivos en materia de bienes registrables. Esta preferencia solamente es oponible a los acreedores de créditos no privilegiados en el marco de procesos de ejecuciones individuales. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante del producido de la venta que quede después de pagados íntegramente los créditos que hayan obtenido embargos anteriores. (...)".

Del texto propuesto se sigue lo siguiente:

i) Que resulta necesario dar una definición de embargo, la que será menester tener en consideración a fin de precisar si es o no un requisito *sine qua non* la expresión del monto del gravamen tanto en el mandamiento judicial de embargo, cuanto en el asiento registral inmobiliario (matrícula). Sin embargo, su importancia se ve diluida por la aparente consagración del criterio jurídico consagrado por el fallo plenario "Czertok".

ii) Que el primer embargante no goza de un privilegio, lo que ya resulta claro tanto por la razón metodológica de que su situación no está prevista por el nuevo Código en materia de privilegios, cuanto por el hecho de que su preferencia cede frente a acreedores de créditos privilegiados.

53 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S.A. y otro", La Ley, 2001-E, 655.

iii) Con la expresión "íntegramente" incluida en el texto propuesto pretendemos dejar claro que lo que se debe satisfacer es el monto actualizado y completo del crédito. Decimos "actualizado" en alusión a su actualización al tiempo del pago, y "completo" en función de que debe incluir los rubros correspondientes a capital, intereses y costas judiciales.

Finalmente queremos dejar aclarado que a nuestro entender el temperamento jurídico correcto es el reflejado por la denominada tesis restringida, plasmada en el fallo plenario "Banco de Italia y Río de La Plata"⁵⁴; ello así-dicho sucintamente en función de las posturas a las que adscribimos tanto en materia de definición y de naturaleza jurídica y estructural del embargo, cuanto de la razón de ser de la registración inmobiliaria⁵⁵, y de los principios registrales en materia inmobiliaria, siendo especialmente relevante el principio de especialidad del crédito.

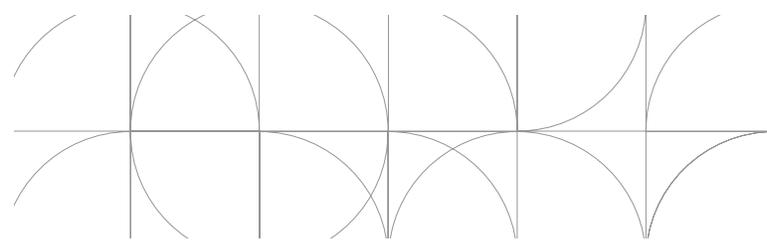
Sin embargo, no habremos de ahondar sobre esta posición por exceder los límites analíticos del presente ensayo, que hemos acotado a intentar precisar si el art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y modificatorias), refleja la tesis amplia del fallo plenario "Czertok"⁵⁶ o la tesis restringida del fallo plenario "Banco de Italia y Río de La Plata"⁵⁷; y -en su caso- si lo hace apropiadamente.

54 Es dable recordar que no se trató de un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias.

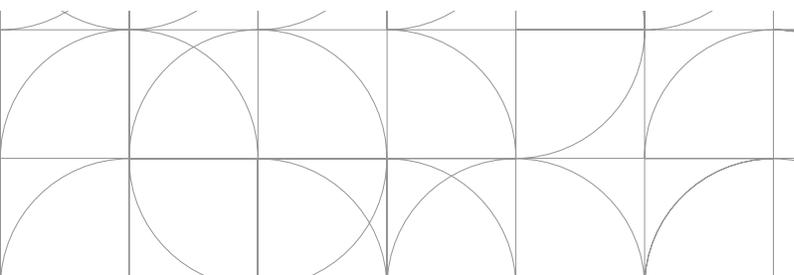
55 En clases solemos preguntar a los alumnos: "¿Para qué existen los registros inmobiliarios?", y ellos contestan "Para registrar". Es una respuesta que refleja una suerte de verdad de Perogrullo. En verdad, la finalidad de la registración inmobiliaria es generar oponibilidad, tanto de situaciones jurídicas (v. gr., embargo), cuanto de relaciones jurídicas (v. gr., negocios jurídicos).

56 Ver CNCiv., en pleno, 23/08/2001, en autos: "Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S.A. y otro", La Ley, 2001-E, 655.

57 Es dable recordar que no se trató de un fallo plenario unánime, sino que hubo disidencias.



INFORMACIONES



PRIMERA JORNADA
NOTARIAL DE
MENDOZA

Ciudad de Mendoza,
31 de octubre y 1 de noviembre de 2019

Tema I: La actividad notarial y los documentos en cualquier soporte inteligible. La despapelización. Art. 286 del CCyC. Firma y documentos electrónicos y digitales. Principios notariales y nuevas tecnologías

Coordinadora: Valeria Virginia Calabrese

Secretaria: Mariana Cecilia Kaluza

Comision redactora:

María Fernanda Castellón; Lucía Belén Coria; María Judith Correa Abraham; Francisco Javier Guardiola; Mariana Cecilia Kaluza; Sofía Teresa Scotti; Juan Pablo Stocco; Romanella Vitaliti; Erica Yemina Yzaguirre

Relatoras: Lucía Belén Coria; Mariana Cecilia Kaluza

INFORMACIONES

CONCLUSIONES

Hoy la tecnología avanza con nuevas herramientas y con éstas los cambios en el ejercicio de la función notarial. Es ahora cuando con mayor claridad debemos identificar los valores y principios del notariado, para poder buscar la correcta adaptación de las herramientas brindadas por la tecnología con el ejercicio de la función, de manera que coadyuven al logro de los fines que se pretende alcanzar, pero siempre con el notario como guardián de la seguridad jurídica.

Luego de haber deliberado en Comisión cada uno de los temas propuestos en las presentes jornadas, dentro de un clima de camaradería, respeto y amistad, se llegó, por unanimidad, a las siguientes conclusiones:

1) La actividad notarial y los documentos en cualquier soporte inteligible

El objeto de la actividad notarial no cambia. El cambio está en el soporte y no en la esencia del ejercicio de la función.

Las herramientas tecnológicas son un medio para robustecer las características de seguridad informática de los documentos digitales, ya que las mismas, por sí solas, no contribuyen a la seguridad jurídica preventiva.

La presencia del notario es indispensable para instrumentar y/o certificar documentos por medios digitales. Así se completa el círculo de la interfaz digital y se crea un instrumento con la cualidad de circular rápidamente sin que se altere su contenido, munido de seguridad jurídica.

Contemplada que sea por la legislación de fondo la competencia notarial en procesos no contenciosos, se propone la creación del "expediente sucesorio notarial electrónico" confeccionado por el notario interviniente en el proceso.

2) La despapelización

Se recomienda a los colegios notariales del país la implementación de un sistema de digitalización de protocolos ya inspeccionados como una herramienta que agilice la consulta inmediata de escrituras.

Se recomienda la utilización de una plataforma digital federal que posibilite a los notarios la instrumentación de autorizaciones para viajar y conducir,

mediante una interacción eficaz entre los distintos organismos públicos o privados que favorezca la despapelización.

3) *Artículo 286 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación*

El principio de no repudio o no discriminación de la firma digital contenido en el art. 288 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación no debe confundirse con el concepto de autenticidad de la firma certificada por notario.

La ley 25.506 y el Código Civil y Comercial de la Nación, sientan una verdadera equiparación legislativa entre documentos en soporte digital y en soporte papel.

4) *Firma digital*

El proceso de verificación de la firma digital solo acredita la vigencia del certificado digital. Únicamente el notario garantiza la calificación de la capacidad, la voluntad, la legitimación, la legalidad y que la misma ha sido insertada efectivamente por el titular del certificado digital.

El decreto 182/2019 y su anexo son inconstitucionales ya que extienden la eficacia legal de la firma digital, asimilándola a la firma certificada por notario, y el Poder Ejecutivo Nacional carece de toda competencia para dictar regulaciones en el ámbito del derecho privado. Los mismos deben derogarse.

5) *Criptomonedas*

Las criptomonedas tienen un valor económico y, por lo tanto, forman parte del patrimonio de una persona. Consideramos que son bienes inmateriales en el sentido expresado en los arts. 15 y 16 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es necesario profundizar el estudio de las criptomonedas para darle un correcto tratamiento jurídico. Los notarios deben capacitarse teniendo en cuenta su regulación y aplicación en el derecho comparado.

Para la República Argentina una criptomoneda, no es moneda, ni nacional ni extranjera.

INFORMACIONES

6) *Documentos electrónicos y digitales*

Se considera suficientemente idóneo al documento digital para exteriorizar la voluntad. Es necesario analizar la entidad ontológica del mismo y su identificación como un tipo documental específico.

6.1. *Protocolo Digital*

Se reconoce la viabilidad de la concreción del protocolo digital en nuestro país ya que la legislación vigente sienta las bases para ello. La transición del soporte papel al digital debe hacerse en forma paulatina.

7) *Principios notariales y las nuevas tecnologías*

Se reconoce que, en tiempos de nuevas tecnologías, hablar de la vigencia de los principios notariales es hablar de la vigencia de la función.

Los principios notariales son la guía a través de la cual el notariado se adapta siempre a los cambios sociales.

La imparcialidad del notario no puede reducirse a una imparcialidad meramente formal sino sustantiva, cautelar y equilibradora. El notario aconseja, previene, interpreta la voluntad de partes, asiste, califica, redacta el documento; y es precisamente en estas actuaciones donde tiene que ser imparcial y hacedor de la paz social.

8) *Función notarial*

Es imprescindible dirigir nuestra atención a la esencia de la función jurídico-social del notario de tipo latino.

El notario debe involucrarse en la calificación jurídica del documento, sea o no digital la firma que se certifica.

La recopilación y guarda que hace el notario de los actos jurídicos sigue siendo presupuesto de tradición y soporte del patrimonio cultural que permite acceder a la *intrahistoria* de la sociedad.

En tiempos de nuevas tecnologías, es necesario tener presente que no es lo mismo garantizar el fin pretendido con el negocio, resultado éste de la seguridad jurídica preventiva, que garantizar una compensación económica en caso de frustración, poniendo en riesgo la finalidad negocial.

Si bien se reconoce el valor del tiempo y de la agilización de los procedimientos, no debe ponerse por encima de la seguridad jurídica, arriesgando la solidez del sistema de Derecho.

9) Proyección institucional

Considerando lo dispuesto por el Código Deontológico de la UINL en relación a la recepción de la modernización, se recomienda que las instituciones notariales, políticas y académicas, provean los medios necesarios para que los notarios puedan capacitarse y dotar a sus despachos de los medios técnicos más avanzados.

En este proceso de adaptación a las nuevas tecnologías, nuestras instituciones notariales deben estar presentes a la hora de la formación de las leyes, a través del convencimiento, de la persuasión y con la fuerza de los argumentos que nos proporcionan los principios de nuestra función.

En palabras de Néstor Pérez Lozano, "el notario no podrá cumplir su misión si solo conoce la ley. Ha de acudir a la realidad de la vida social, de la relación interna de la voluntad y de la finalidad que persigue el hombre para la realización de sus ideales y de su necesidad de regulación negocial para la satisfacción de sus intereses en libertad creativa".

INFORMACIONES

Tema II: Constitución, afectación, adecuación a derecho real de propiedad horizontal, y propiedad horizontal especial. Conjuntos inmobiliarios y nuevos derechos reales. Naturaleza jurídica del acto. Calificación notarial e impacto registral

Coordinadora: María Laura Lembo

Secretaria: S. Mariana Andraos

Comisión redactora:

Matilde Rocío Pérez Valenzuela Delgado; Cecilia Julia Esperanza Blanco; María Mercedes Fernández Lombardo; Mercedes Llaver Badui; S. Mariana Andraos; María Laura Lembo.

Relatoras: María Laura Lembo y S. Mariana Andraos

CONCLUSIONES

A) Naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal. Nacimiento del derecho real

Consideramos que no es necesario sentar postura sobre la naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, ya sea como un contrato o como un estatuto, la importancia radica en sus efectos, oponibles *erga omnes*, en tanto regula un derecho real.

El derecho real de propiedad horizontal nace con el reglamento, que como acto jurídico revestido de las formalidades legales, conforme la manifestación de voluntad del constituyente, exteriorizada en la escritura pública de otorgamiento, constituye su título suficiente.

Se sugiere la inclusión de cláusulas de mediación como una herramienta eficaz para evitar futuros conflictos entre los propietarios.

B) Impacto registral: asentimiento conyugal / convivencial, solicitud de certificados registrales e inhibición

El notario autorizante tiene el deber funcional de proceder a la inscripción registral de la escritura pública de otorgamiento del reglamento. La inscripción tiene efecto declarativo.

El otorgamiento del reglamento de PH es un acto de administración, ya que no provoca desplazamiento de un valor del patrimonio.

Certificado Ley - Art. 23 ley 17.801

Es necesaria la solicitud del certificado Ley con reserva de prioridad, considerando que el derecho real nace con el reglamento.

Asentimiento conyugal / convivencial

No es necesario el asentimiento conyugal, pues no implica un acto de enajenación o gravamen (art. 470 inciso a del CCyC).

En concordancia con ello tampoco se requiere asentimiento convivencial, en caso de vivienda familiar, ya que no es un acto de disposición (arts. 456 y 522 del CCyC)

Inhibición

No es requisito el pedido del informe de inhibición del constituyente, para el acto de constitución del derecho real de propiedad horizontal.

Casi la totalidad de registros de la República Argentina, se enrolan en esta postura.

La modificación del derecho real de propiedad, no altera la capacidad patrimonial del titular registral constituyente, ni la pone en riesgo a los efectos del resultado del proceso judicial.

De lege ferenda

Se sugiere que el Registro de la Propiedad de la Provincia de Mendoza dicte una orden de servicio a fin de permitir la inscripción del reglamento, aun cuando el titular estuviera inhibido, pues la colisión con el art. 127 CPCCYTM basado solo en la letra de la ley "modificación de un derecho real" sin hacer una interpretación armónica del sistema jurídico, ni tener en cuenta la esencia de la medida cautelar, vulneraría los derechos del titular constituyente, atento que no va en detrimento de su capacidad patrimonial, sino que incluso en algunos casos la mejora. Todo ello con la finalidad de contribuir al tráfico comercial in-

INFORMACIONES

mobiliario, y actuar acorde a la tendencia registral de nuestro país, en un todo de acuerdo con la interpretación armónica de nuestro sistema jurídico.

C) Modos de financiamiento e inversión para la construcción o compra de bienes

El consorcio de propietarios, como persona jurídica privada, tiene capacidad para adquirir bienes, sean estas unidades funcionales o no; quedando los mismos dentro del patrimonio del consorcio con posibilidad de su explotación exclusiva con fines de lucro.

Se insta a la operatividad de la comunicación "A" 6250 emitida por el Banco Central de la República Argentina, como herramienta para la obtención de financiamiento de proyectos de gran envergadura.

Otra herramienta eficaz para fomentar la inversión en la construcción, para pequeños emprendimientos, es la utilización del derecho real de superficie, que permitirá las adquisiciones de unidades de vivienda a menor costo, por la temporalidad de este derecho. Teniendo en cuenta una nueva realidad social en donde el domicilio es esencialmente mutable y la concepción de la perpetuidad de la propiedad ha cambiado su valor, dando respuesta así al déficit habitacional y a los problemas económicos que atraviesa nuestro país.

Los notarios somos el vehículo necesario, y principales actores en este tipo de escenarios, que le permite a esta nueva realidad económica e inmobiliaria moldearse y coadyuvar al crecimiento del desarrollo económico.

D) Derecho de sobreelevar

Aun cuando se trata de un derecho personal, consideramos que tiene vocación real, por lo que sería necesaria la inscripción registral de las reservas y cesiones del derecho de sobreelevar de manera independiente al reglamento de propiedad horizontal para darle oponibilidad a terceros.

Debido a la escasa normativa que regula esta figura, es esencial la voluntad de las partes y por ello recomendamos que las cláusulas que se pacten al momento de la creación del derecho sean claras y concisas, ya que ellas determinarán el contenido y las reglas de su ejercicio.

De lege ferenda

Se propician las reformas legislativas necesarias con el objeto de otorgarle a la figura de sobreelevar una completa reglamentación y su posible incorporación al ordenamiento como nuevo derecho real.

E) Conjuntos inmobiliarios, adecuación a propiedad horizontal e interacción de normas administrativas y de derecho privado

El abordaje transversal del territorio determina la necesaria y adecuada interrelación de normas y resoluciones administrativas en vías de armonizar la aplicación de derechos y obligaciones, especialmente en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios.

Las autoridades locales, en ejercicio del poder de policía no deben alterar la esencia de los derechos reales regulados por la ley de fondo, estableciendo exigencias que los desnaturalicen.

El deber de adecuación contenido en el art. 2075 CCyC, respecto a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, es de estructura legal y operativa, y resulta conveniente por las ventajas que ello trae aparejado.

No es procedente la adecuación dada en sede meramente administrativa. Necesita un título jurídico de adecuación, cuya calificación e instrumentación es de estricta incumbencia notarial.

La adecuación no es un acto de disposición sino meramente conservatorio; por lo que no resulta procedente la exigencia de asentimientos conyugales ni convivenciales, ni la libertad de disposición de sus otorgantes. Tampoco es exigible la conformidad de acreedores (hipotecarios / embargantes) usufructuarios, o usuarios.

Es conveniente instar a la adecuación como herramienta preventiva de daños y litigios; instando a los notarios el cumplimiento de su labor conforme criterios de prudencia notarial, en pos de la justicia y equidad en cada caso.

De lege ferenda

Se sugiere articular todos los medios conducentes en sede notarial, catastral y registral para evitar la proliferación de nuevos conjuntos inmobiliarios bajo una estructura legal distinta al derecho real de propiedad horizontal especial.

INFORMACIONES

Se promueve un pronunciamiento tendiente a la implementación de políticas conjuntas de todos los actores: agentes y organismos involucrados, evitando la imposición de costes y trámites, a efectos de propiciar y agilizar este tipo de trámite.

XXX ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL

Ciudad de Córdoba,
14 al 16 de noviembre de 2019

Tema I: Jurisdicción voluntaria

Coordinadoras: María Laura Fernández Ríos y Natalia María Irene Dumeynieu

Comision redactora:

Verónica Alberio; Jesica Soledad Aguado Eugster; Berenice Guadalupe Bisogne; Gustavo Alejandro Bocolini; Adriana Magalí Bonello; Juana Bovati; Juan Manuel Bruna; Valeria Virginia Calabrese; Alejandra Agostina Díaz Jalaf; María Claudia Giannico Villalobos; Cristian Alfredo Giaigischia; María Eugenia Gueret; María Soledad Masi; Julieta Monteverde; Mariángeles Personeni; Marcelo Javier Quispe; Luciana Rivera; Lisa Natalia Rodríguez; Vicente Daniel Rodríguez; Fiano Daniel Ronchetti; Pedro Facundo Saenz; Federico Sad; María Florencia Vicini Andion

Relatoras: Lisa Natalia Rodríguez y Alejandra Agostina Díaz Jalaf

INFORMACIONES

CONCLUSIONES

Luego de la labor llevada a cabo en Comisión por el cual fueron expuestos los trabajos de referencia, en el marco la COMISIÓN REDACTORA DEL TEMA I, se realizó el debate de las ponencias en un clima de respeto y amistad, llegando a las siguientes CONCLUSIONES POR UNANIMIDAD:

Jurisdicción voluntaria

La declaración judicial dictada en los denominados procesos de jurisdicción voluntaria no constituye propiamente acto jurisdiccional por no estar destinada a la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, motivo por el cual se sugiere la revisión de la terminología tradicionalmente empleada para referirse a estos asuntos.

La sustanciación de los asuntos no contenciosos encuadra naturalmente en la competencia material del órgano notarial. La atribución de la misma al notario implicaría los siguientes beneficios: brindar a las partes asesoramiento integral y previo a través de un profesional del derecho, descongestión de la actividad judicial y administrativa, desburocratización y agilización, disminución de costos, logrando así procesos más dinámicos. Esto no significa en modo alguno que tal actividad deba ser exclusiva de los notarios, sino que su tramitación debería ser optativa.

Si una vez iniciado el proceso no contencioso, surgiera alguna diferencia o contienda entre las partes, el notario debería dejar de intervenir y las partes tendrían que recurrir a la vía pertinente.

Matrimonio y divorcio

La aplicación de estas incumbencias en sede notarial reafirma el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el proceso de constitucionalización del derecho civil y la democratización de la familia.

El notario es un profesional idóneo para celebrar el matrimonio mediante escritura pública, formalizada con los requisitos exigidos por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

La celebración del matrimonio en sede notarial tendrá efectos constitutivos desde la suscripción de la escritura, siendo su registración meramente declarativa a los efectos de oponibilidad a terceros.

A los fines de lograr esta incumbencia en sede notarial se requiere:

- Por mayoría: la modificación de la legislación de fondo y adecuación de las leyes especiales.

- Por minoría: legislación y reglamentación de leyes locales, sin necesidad de modificar las leyes de fondo.

Podrán celebrarse los divorcios en sede notarial siempre y cuando no hubiere hijos menores, incapaces o capacidad restringida, debiendo los cónyuges presentar una declaración jurada al respecto.

Sucesión

La declaratoria de herederos podría reemplazarse por un acta de notoriedad labrada a requerimiento de los derechohabientes del causante ante notario.

Se propone la modificación de las normas de fondo y leyes especiales.

Se recomienda el trabajo en conjunto entre abogados y notarios a fin de analizar los proyectos de ley presentados o a presentarse.

La intervención notarial es propicia tanto en sucesiones intestadas como en las testamentarias.

Prescripción

Es necesario permitir la intervención notarial en los procesos no contenciosos de prescripción adquisitiva como un medio para revalorizar y hacer efectivo el derecho de acceso a la vivienda reconocido constitucionalmente.

A los fines de agilizar los procesos de prescripción adquisitiva recomendamos que se dé intervención al notario en orden a facilitar la producción de prueba o propender al acercamiento entre las partes.

Adopción

Se propone la intervención del notario en los casos de adopción de integración de personas mayores de edad y capaces.

El trámite de adopción realizado en sede notarial no requiere homologación judicial, siendo responsabilidad del notario ajustarse al procedimiento que establece la ley.

INFORMACIONES

Recepción de prueba anticipada en sede notarial

Se considera conveniente una modificación de los códigos procesales locales a efectos de permitir la intervención del Notario en la etapa de “prueba anticipada”, dotando la misma de iguales efectos a la llevada a cabo en sede judicial.

Reconstrucción notarial

Entendemos que la aplicación del trámite de reconstrucción o reconstitución de protocolos en sede notarial es posible a través de reforma legislativa que incorpore al Código Civil y Comercial dicho instituto. La dinámica y funcionamiento del mismo deberá ser complementada y reglamentada por cada demarcación provincial.

Concursos y quiebras

Se propone la instrumentación de acuerdos preventivos extrajudiciales (APE) en sede notarial, mediante escritura pública donde el deudor será el principal requirente, sin que esta deba ser homologada judicialmente y precisando ser registrado en un Registro Universal de Quiebras (RUQ) cuya creación se propone, a fines de su oponibilidad a terceros.

Resulta menester la adecuación legislativa pertinente a la materia.

Desalojo, mensura y deslinde

El notario podrá intervenir en los procedimientos de desalojo, mensura (acta durante el procedimiento) y deslinde (por convenio), no derogando la vía judicial, previa modificación de leyes nacionales y provinciales.

Tema II: El rol del Notario en el comercio electrónico. Blockchain:

Coordinadores:

Hernán Curet y María de los Milagros Iglesias

Comisión redactora:

Jessica Grisel Cabaña; Sofía Teresa Scotti; Diego José Mayordomo; Fernanda Yoseli Cortez; Lucila Natalia Nieva; Andrés Esteban Sabelli; Sebastián Lassalle; Juan Andrés Bravo; Agustín Barbarach; María Claudia Padro; Carlos Aníbal Vega; Vanina Luján Perrón; María Cecilia Roa; Sofía Inés Paez de la Torre; María Julieta Araya; Alejandro Morales Borelli; Antonella Barolo; Francisca Spila; Agostina Mancinelli; Celina Natalia Paifer; Macarena González Sendin; Florencia Descalzo; Lucía Brambilla

Relatoras: Jessica Grisel Cabaña y Agustín Barbarach

CONCLUSIONES

- Ante las nuevas tecnologías, cobra importancia el deber de asesoramiento, información y consejo del notario para con el requirente, sobre todo en las contrataciones electrónicas, en todas sus etapas, ampliándose este deber de información a las partes respecto al manejo y tratamiento de sus datos que se plasmarán en un soporte digital.

- El consentimiento perfeccionado a través de medios telemáticos es válido si cada parte exterioriza su voluntad ante la presencia física de un notario.

- Los elementos del documento público notarial se cumplen en el documento digital notarial, tanto la materialidad como la grafía.

- Se sugiere la creación de una plataforma blockchain federada, en la que los nodos sean los notarios y las instituciones que los nuclean en cada provincia, con el fin de almacenamiento, acceso y circulación de documentos.

INFORMACIONES

- Se propone aplicar las nuevas tecnologías como herramientas al servicio de la sociedad, creando registros nacionales digitales de actos de autoprotección y de última voluntad que utilicen plataformas blockchain, con la finalidad de lograr una consulta rápida, unificada y eficaz.

- Considerar la posibilidad de una registración de testimonios que ofrezca un código "QR" de registración que remita al folio real del inmueble actualizado.

- Los contratos inteligentes (smart contracts) no son contratos ni son inteligentes, sino que son programas informáticos autoejecutables .

- Se propone que el notario actúe, en "contratos legales inteligentes", como oráculo desde su gestación, aportando datos de la realidad que los programas informáticos no pueden recabar.

- Se recomienda el uso de inteligencia artificial y biometría al servicio de la actividad notarial.

- Se propone la implementación y reglamentación de la mediación electrónica, con la actuación del notario como profesional calificado en la materia.

- Definimos a las criptomonedas como bienes muebles inmateriales de tipo digital. El contrato de transferencia de inmueble cuya contraprestación es la entrega de criptomonedas es innominado, se le aplican por analogía las normas de la permuta. Según art. 4 de la resolución 300/14 de la Unidad de Información Financiera, somos sujetos obligados a informar a dicho organismo.

- Planteamos la necesidad de unirnos a los avances de las nuevas tecnologías, sin olvidar nuestra función social, protegiendo sobre todo a los sectores vulnerables de la comunidad.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Diego Leandro MOLINA

Unión Internacional del Notariado

Encuentros plenarios de delegaciones

Consejo Federal del Notariado Argentino

Relación con la Legislatura

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Instituto de Documentación Digital

VICEPRESIDENTE 1° / Alicia Noemí BROCCARDO

Archivo de Actuaciones Notariales

Grebol; Diego Corral; M. Cecilia Sardi y Luciana Spina.

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Comisión de Regularización Dominial

Marcela Voiscovich (presidente); Cora Barreto Peltzer; Luis Marinelli (h); Claudio Rosselli; Esteban Bedoya; Marcelo Solari del Valle Ferrari; M. Cristina Iglesias y Juan Cadierno.

Departamento de Inspección General

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Manuel Carricajo (presidente); M. Jimena Brusco; Emilio Ballina Benites; Catalina Malara (novel); Roberto Silbert; Graciela Noemí Rodríguez; Liliana Cossini; Marcos Badillo y Francisco Chicote.

Tribunal de control de los RNRD

Comisión de Seguros

Marcela Rapa (presidente); Juan Pablo Berne; Lidia Rossi; Juan José Calarota; M. Eugenia

VICEPRESIDENTE 2° / Nelly Olga LÓPEZ

Tribunal Notarial

Comisión de Concursos

M. Cecilia López (presidente); Gastón Erramouspe; Natalia Blasi; Emiliano Villalba (novel); Estefanía Casati; Santiago Arregui; Fabiana Balzano Scioletta; Estela Zubiaurre y Luis Mancebo.

Asesoría Tributaria

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Comisión de Noveles

Juan Andrés Bravo (presidente); Franco Spaccasassi Ormaechea; Benjamín Tenti; Rodrigo Aguirre; Lucas Del Grosso; Tomás Saffarano; Agustín Valenti y Agustín Hyland.

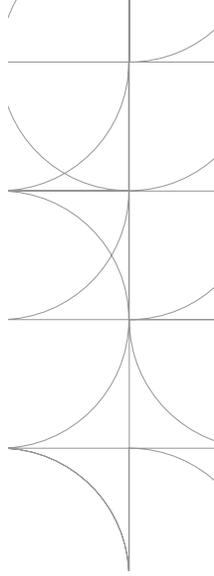
Instituto de Derecho Tributario

Comisión de Bibliotecas

Armando Arcone (presidente); Silvia Salem; Cecilia Cuitiño; Nora Georgieff; Marina Coppello (novel); Paula Benegas Laria y Graciela Curuchelar.

Comisión de Personas Jurídicas

Marcos Heredia (presidente); Jano Pachó (novel); Marcela Muscariello; Martín Russo; Laura Bresso; M. del Rosario Llorens Rocha; Augusto Zuelgaray y M. de las Mercedes Lynn Berecibar.



SECRETARIO DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN /

Guillermo Aníbal LONGHI

Coordinación de Gestión

Relación con ARBA

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con las municipalidades

Desarrollos informáticos para la administración

Departamento de Recursos Humanos

Instituto de Derecho Registral

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Brígida Raffo (presidente); Juan Ignacio Rodríguez; Bárbara Drake; M. Alejandra Re; Vale-

ria Dorantti García; Sebastián Lassalle; Patricia Montes y Norberto Soler.

Comisión de Personal y Administración

M. Florencia Peries (presidente); Roberto Mayo; Francisco Barreto Peltzer; Romina Trentin (novel); Juan Pablo González Fortini; Patricio Villamayor; Rosario Zabala; María Luz Gómez y Viviana Martínez.

Comisión de Asesores Registrales

Zulma Dodda (coordinadora); Magdalena De Vega; Pablo Álvarez; M. del Carmen Kiricos; Delia Miranda; Mario Germán Bordenave; Viviana Pellegrino de Scotto Lavina; Carlos Pagni; Luis Felipe Basanta; Laura Inés Vázquez; Verónica Storti; Mariana Armendáriz; Alfredo Troilo Marcos; Ana A. Lavecchia; Gabriela Vaccaro; Milena García; Julio S. Ugalde y Guillermo Borges.

SECRETARIO DE ASUNTOS PREVISIONALES / Pablo Alejandro DI GIANO

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

Comisión de Atención de la Salud

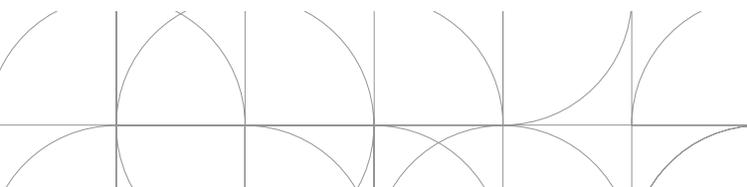
M. Nélide Dómina (presidente); Juan Fal; M. Carolina Méndez; María Lía Iriarte; Gloria Voda; Mirta Negrelli; Haydée Sabina Podrez Yaniz; Mariela Gatti; Juan Pablo Giannini; M. Fernanda Lorenzo; Eduardo M. de J. Rivarola; Natalia Martínez Dodda; Laura Patricio; Mónica Saluppo; Ramiro Flores; Gustavo Silva y Rosario Paso.

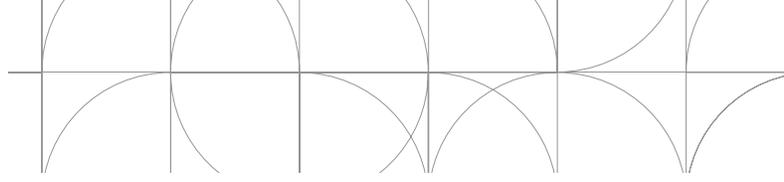
Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Laura Montani (presidente); Adda Gramolini; Susana Wallace; Adrián Favelis; Néstor Zaccardi; Horacio Iribarren; Rodolfo Ruzzante y Rebeca Waisman.

Comisión de Préstamos y Turismo

Gustavo Mittica (presidente); Eugenia Bagnoli; Javier Santarone; M. Florencia Moussou; Juan Pedro Calou; Daniel Franco; Pedro Illarregui y Gustavo Görg.





SECRETARIO DE APORTES / Diego Daniel de SAN PABLO

Asesoría de Aportes

Comisión de Aportes

Marina Catania (presidente); Gustavo Bras; Marcia Della Rosa; Jorge Biglieri; Santiago Tabora; Mauro Mujica; Cintia Pesciallo; Josefina Laurens (novel) y Lucía Saluppo.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

M. de los Ángeles Pablos (presidente); M. Alejandra Valero; M. Emilia Chalela; Sonia Cardozo; Guillermo Álvarez; Alexis Baltasar Molina; Mariana Graham y Sebastián de Salas.

Comisión de Extensión Cultural

Otilia Zito Fontán (presidente); Norma Sanz; Gabriela Sabio; Nilda Rosa; Ana María Unchallo; M. Victoria Casas; Patricia Etchegoyen y Susana Maggiolo.

Comisión de Deportes y Recreación

Julián De Marco (presidente); Matías Castro; Juan Manuel Espil; Francisco Amaya (novel); Raúl Das Neves Vargues; Fiorella Cacace; Fausto Basanta y Luciano José Loraschi.

SECRETARIA ACADÉMICA / Karina Vanesa SALIERNO

Universidad Notarial Argentina

Belén Suares; M. Lucía Cajarville; Verónica Galiana y María A. Sánchez Negrete.

Delegados de la UNA

Fundación Editora Notarial

Comisión de Género y Derechos Humanos

Marcela Spina (presidente); María Ana Menéndez; M. Paula Etchart; Adriana Sosa; Kelina López; René Casas; Diana Sueldo y Bárbara M. Ríos.

Convenio con la Fundación Æquitas

Asesoría Notarial Personalizada

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Sebastián Cosola (presidente); María Losardo (novel); Andrés Martínez (h); Rodolfo Vizcarra; Mariana Hefling; Leandro Posteraro Sánchez; Gastón di Castelnuovo y Esteban Morán.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Malvina Zalabardo (presidente); Estela Susana Luis; Delfina Etchart; Maisa Di Leo Recalde;

SECRETARIO DE COMUNICACIONES / Juan Manuel AREA

Revista Notarial

Departamento Comunicaciones

Boletín Informativo

Comisión de Comunicaciones

Gonzalo Vásquez (presidente); Mariana Ronchetti; Aldana Miliozzi (novel); Matías Wertheimer; M. del Pilar Llorens; Aurelio García; M. Natalia Sequeiro; Carolina Martínez y Mariana Melchiori.

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

Redes sociales

Comisión de Imprenta

Alejandro Etchart (presidente); Mercedes R. Pérez; Raúl Olocco; Fabiana Ingrassia; Carlos Ballestrin; Cecilia Morel; Analía Mangas y Pablo Balero Reche.

Escuelas apadrinadas

Taller de Producción Gráfica

TESORERO / Fernando de SALAS

Auditoría externa

Comisión de Bancos

Silvia Giler (presidente); Alejandro Loyácono; Agustina Kelly; Juan Antonio Vilanova; Federico Lallement; Amalia Suhilar; Francisco Calou y Pedro Cocozza.

Comisión Especial Registral

M. Eugenia Monarca (presidente); Gabriela Figueredo (titular); Esteban Tisnés (titular);

Gonzalo Arizmendi (suplente); Paula Velilla (suplente); Juan Ignacio Cavagna (suplente).

Comisión de Finanzas

Andrés Passeggi Aguerre (presidente); Franco De Zorzi (novel); Diego Giacomelli; Gabriela Verna; Diego Hollmann; Christian Troglio; Nicolás Cavagna; Maximiliano Molina y Carlos M. Morello.

PROTESORERO / Rubén Santiago STRADIOT

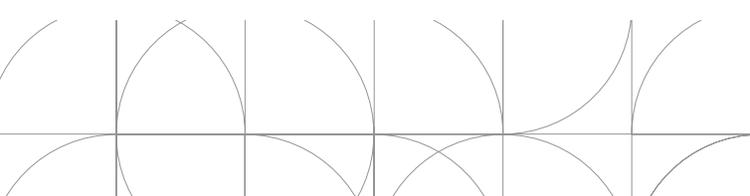
Comisión de Edificios

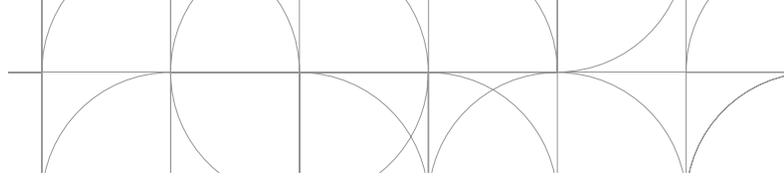
M. Beatriz Aguirre (presidente); Florencia Squirru; Ana Laura Bastián; Sandra Fernández; Mabel Rodríguez; Alejandro Glaría; Marta Catalina Loidi y Mariano Martín Guerra.

M. Florencia Segura; Juan Matías Morrone; Juan Ignacio Cavagna; Martín Guerrieri; Patricio Galiano; Simón Labaqui; Esteban Colabella; Nicolás Ruzzante; Paola Julieta Pierrí; Cecilia Dubini; Nilda Cecilia Saling y Eduardo Brizuela.

Comisión de Hacienda

Jorge Cambet (presidente); Maricel Hermida; Mauro Antinori; Daniela Villoros; Marisa Martín;





Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaría: Carla Gabriela Balducci
Tesorera: Mariana Rospide
Colaboradora: María Cristina García

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General:
Olga Haydée Arseygor
Cuerpo de inspectores:
Juan Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,
Carlota Caracciolo, María Cristina Catalano,
Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Silvia
Elena Doratti, Julieta Glaría, María Antonia
Maggi, Hilda Julia Manzanal, Paula Mariana
Marello, Luis Alberto Milani, Virginia Milani,
Evangelina Moreno, Carlos Martín Pertierra,
Jorge Alberto Pollono, Selene Eva Postero
Sánchez, Matías Scandroglio, Martha
Susana Torre, Gladys Edith Verzeri

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de
Rúbrica de Libros de Consorcios de Copro-
pietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de
Autoprotección)
Directora: Claudia Maceroni

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo
Presidente:
Diego Leandro Molina
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Nelly Olga López
Tesorero: Fernando de Salas
Secretario: Diego D. de San Pablo
Vocales: Eduardo Gabriel Clusellas y
Mariela Gatti

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros titulares:
María del Rosario Paso
Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho
Miembros subrogantes:
Luis Felipe Basanta
Silvia Nelly Fernández de Ayan

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria General

Malvina Zalabardo

Prosecretario

Jorge Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocal

Norberto Benseñor

Vocal

Alejandro Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

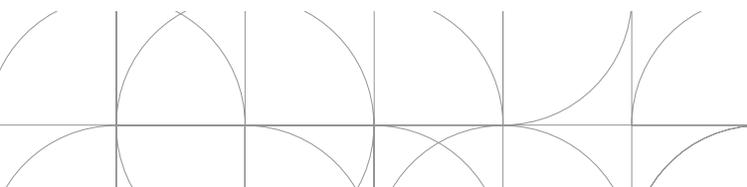
Sedes:

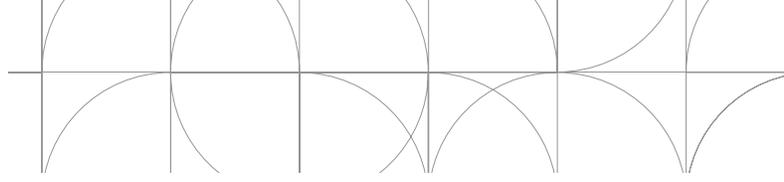
Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires





Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Salvador Antonio Cocozza

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Andrea Fernanda Salvini

Ana María Molina Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo de Acosta

Secretaria: Beatriz Alejandra López Cafasso

Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nieves

Vocales titulares

María Susana Torlo

Graciela Ángela Lobato

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Dora Rosa Mc Britton

Vocales suplentes

Gabriel Arturo García

Estanislao Raúl Vargas

Elvira Martha Yorio de Blanes

Gladys Acosta de Peruggini

Revisores de cuentas

Alba Graciela Micheletti

Amanda Azucena Delavault

Lucía Elena Ruiz de Galarreta

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Adda Gramolini

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Primer APTA - RIZZUTO año 2017/18 a la mejor Revista de Instituciones.

Impreso en el Taller de Producción Gráfica
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

