

El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género

Marisa Herrera

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los diferentes ejes temáticos.— III. Conclusiones.

➔ El régimen de bienes en el matrimonio se aplica en un contexto de igualdad en lo atinente a la orientación sexual, por lo cual no siempre se está ante la dupla mujer cuidadora / hombre proveedor, sino que también la mayor perspectiva de vida facilita —entre otras causas— la mayor cantidad de parejas que contraen matrimonio por segunda o tercera vez cuyos integrantes ya tienen cada uno un desarrollo personal económico autónomo, en el cual es entendible que opten por el régimen de separación de bienes como sistema que mejor responde a sus necesidades o realidad patrimonial. Es un acierto —tanto en términos jurídicos constitucionales/convencionales como sociales y simbólicos— la regulación que propone el Código Civil y Comercial en lo relativo a los bienes en el matrimonio desde una perspectiva de género.

I. Introducción

Con los últimos aires del 2014 y las primeras ráfagas del que sigue, nos parece de interés brindar una visión general de alguna de las modificaciones que observa el nuevo Código Civil y Comercial en el campo de las relaciones de familia y que permiten afirmar cómo la perspectiva de género no ha estado ajena en esta necesaria y trascendental transformación del Derecho Privado argentino (1).

Es sabido que el Libro Segundo del Código Civil y Comercial a lo largo de sus 8 títulos, introduce nuevas instituciones como la figura de las uniones convivenciales, las *técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante TRHA) y la regulación de ciertos principios básicos relativos a los procesos de familia;

y, a la par, modifica de manera radical instituciones ya clásicas del Derecho de Familia como el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción (2). De este modo se puede decir que en este campo temático los cambios son varios y de alto tenor práctico, teórico y simbólico.

Estos cambios responden a dos razones elementales. La primera, a los avances legislativos obligados que se han afianzado en los últimos años auspiciados por la doctrina internacional de los Derechos Humanos, es decir, al impacto en el Derecho argentino de la jerarquización constitucional de varios tratados internacionales de derechos humanos en la reforma de 1994, lo cual ha sido un punto de partida básico que incentivó leyes de vanguardia que el ordenamiento jurídico argentino muestra, como la ley de matrimonio igualitario (26.618), la ley de identidad de género (26.743), la ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (ley 26.061), la ley de muerte digna (ley 26.742) o la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (ley 26.862) por citar algunas de las más relevantes y que han colocado a la legislación argentina en un lugar de avanzada o de privilegio en comparación con otros países, en especial, de la región latinoamericana.

Todas ellas muestran cómo ha cambiado hoy la fisonomía del Derecho de Familia contemporáneo colocando en jaque la legislación civil imperante en este campo jurídico, el que nos interesa focalizar en el presente ensayo tomando como eje central la perspectiva de género. En este sentido, se puede aseverar sin hesitación alguna que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene “cara de mujer” (3).

Justamente, la segunda consideración se refiere al desarrollo de ciertos y determinados principios y miradas que toda nueva legislación no puede desoir, silenciar o esconder. En este sentido, interesa poner especial énfasis en cómo la perspectiva de género —obligada por cierto, en atención a los compromisos internacionales y nacionales asumidos hace tiempo y reforzados tras la sanción de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres— está presente con fuerza en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Sucede que la realidad social que imperaba

en la época de Vélez Sarsfield allá por 1871, o incluso mucho después, durante la reforma sustancial que observó el Código Civil en 1968 tras la sanción de la ley 17.711 durante la presidencia *de facto* de Onganía; o ya en plena democracia, como lo fue la ley 23.264, que introdujo importantes modificaciones en el régimen de la filiación y patria potestad en 1985 y años después, en 1987, la ley que introduce el divorcio vincular en el país, observaban una fisonomía muy diferente a la actual. La consolidación del acceso de las mujeres al mercado del trabajo, el retraso en la maternidad, los avances en la anticoncepción efectiva y segura, el aumento de la tasa de divorcio y su mayor aceptación y no estigmatización, la expansión de la familia monoparental y otras configuraciones familiares como la familia ensamblada, el reconocimiento jurídico de las llamadas uniones convivenciales, el desarrollo de la biotecnología permitiendo el nacimiento de niños sin el requisito del acto sexual, por señalar algunas consideraciones fácticas elocuentes, transversalizadas por el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación e identidad sexual y el género, hacen evidente la necesidad de contar con un nuevo entretejido legal que dé respuesta a conflictos jurídicos muy diferentes y más complejos a la vez.

¿Puede un Código Civil receptar todas estas diversidades personales y familiares? ¿Puede colaborar —entre otras tantas cosas— a romper estructuras de dominación de larga data y poner en crisis la ruptura binaria: hombre proveedor/ mujer cuidadora —hoy en franca decadencia— cuándo, además, se reconoce que las familias pueden estar encabezadas por dos mujeres o por dos hombres como acontece en el Derecho argentino? ¿Puede una nueva legislación civil ser una herramienta hábil para lograr salir de la doble responsabilidad o carga que aún continúan titularizando una gran cantidad de mujeres, quienes llevan sobre sus espaldas el ser las principales proveedoras y a la vez, cuidadoras del hogar? Un nuevo Código Civil y Comercial constituye una excelente oportunidad para revisar, replantear e incorporar varias de las críticas en términos de igualdad de género, que hace varios años vienen planteando los movimientos feministas y organizaciones sociales comprometidas con los Derechos Humanos. En este

sentido, la nueva legislación que rige la vida familiar de los habitantes de la Argentina sigue la misma línea legislativa —y cultural a la vez— trazada hace ya más de una década marcada por el sendero de la ampliación e inclusión de derechos humanos (4).

En este sentido, cabe traer a colación una de las tantas —y no por nada reiteradas y así destacadas— afirmaciones que se esgrimen en los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al nuevo Código Civil y Comercial, en donde al explicitar los valores axiológicos sobre los cuales se edifica esta legislación clave para la vida de las personas, se asevera de manera precisa que se intenta lograr un “código para una sociedad multicultural”, lo cual se lo divisa de manera más precisa al regular las relaciones de familia. Como se destaca: “*En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.*”

¿Qué lugar ocupa la mirada de género en esta regulación? Aquí se pretende demostrar cómo el nuevo Código Civil y Comercial se preocupa por la cuestión de género reconociéndose —al igual que con los niños y adolescentes— que se trata de un grupo social que se encuentra incluido en una noción que en los últimos tiempos ha adquirido peso propio y, que está presente en el nuevo texto civil y comercial, como lo es la “vulnerabilidad” (conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género Marisa Herrera	1
NOTA A FALLO. Efecto impulsor de los actos procesales Carlos E. Camps	6

JURISPRUDENCIA CADUCIDAD DE INSTANCIA. Ejecución fiscal. Consulta del expediente. Acto impulsorio (CNFed. Contenciosoadministrativo)	6
--	---

El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género

● VIENE DE TAPA

Condiciones de Vulnerabilidad elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en Brasilia en marzo de 2008 y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhiere por Acordada nro. 05/2009). Sucede que las personas “fuertes” ya por ello se encuentran en una situación ventajosa; es por eso que la ley —en especial la legislación civil— debe estar al servicio del más débil, para fortalecerlo y sacarlo de ese lugar de fragilidad en el que se encuentra inmerso. ¿Qué es lo que hace el nuevo Código Civil y Comercial argentino en lo que a la mirada de género respecta?

II. Los diferentes ejes temáticos

II.1. El apellido de la mujer casada y de los hijos: la fuerza del principio de igualdad (5)

La primera cuestión —siguiéndose el orden en el que aparece en el nuevo texto legal— es el tema del apellido que compromete el derecho al nombre, y en definitiva, el derecho a la identidad de las personas, sobre el cual se introducen cambios sustanciales que conlleva, en primer término, a la derogación de la ley 18.248 y, en segundo término, a incorporar la regulación integral de este derecho y atributo de la personalidad al Código Civil y Comercial.

El régimen actual en materia de apellido de los hijos tiene una fuerte y elocuente deuda pendiente en términos de igualdad y no discriminación en razón del género. Si bien la ley del nombre fue modificada por la ley 26.618 de matrimonio igualitario, esta normativa no sólo no sorteó los problemas constitucionales que observa el régimen vigente, sino que, por el contrario, los reafirmó. Sucede que hoy las parejas del mismo sexo pueden elegir el apellido de los hijos, es decir, portar el apellido de ambos padres y en ese caso el orden, o incluso, elegir el apellido de uno de ellos. Esta flexibilidad hoy no está disponible para hijos de parejas de diverso sexo, en donde rige la regla de que los hijos llevan en principio, el apellido del padre, excepto que se agregue el de la madre al nacer o que solicite el hijo, cuando cumpla los 18 años, adicionarse el apellido materno. Esta discriminación en razón de género se

soluciona en el nuevo Código Civil y Comercial. ¿Qué sucede si los padres no se ponen de acuerdo (caso excepcional, por cierto)? El Código Civil y Comercial se despega de la solución que proponen otras legislaciones como la española en el que opera en ese caso, la preferencia por el apellido paterno, receptándose una variable no sexista y que tampoco beneficia *a priori* a alguno de los padres como lo es el orden alfabético, que es lo que establece la ley 26.618. Se trata de una pauta objetiva y novedosa, como es el sorteo a cargo del funcionario del Registro Civil.

Por otra parte, y siempre focalizándose en la obligada mirada de género, cabe destacar otro problema que presenta el régimen aún vigente de consignar siempre en primer lugar el apellido del hombre (salvo que no tenga filiación paterna). Al ser esto así, en los casos en que se adiciona el apellido materno, este último se terminaba perdiendo en la generación siguiente, si esa persona decidiera colocarle a su hijo su apellido y el de la madre porque el Código —tanto el que sigue vigente hasta dentro de poco como el nuevo Código Civil y Comercial— limita a tres la cantidad de nombres. De este modo, si una persona tiene un padre de apellido Pérez y una madre Gómez y le adicionan el apellido de la madre, esta persona es Pérez Gómez, pero si su hijo y su pareja quieren ponerle el apellido López de la mujer, esta otra persona —el nieto— no puede tener tres apellidos: Pérez Gómez López, sino que debe llamarse Pérez López, perdiendo el nieto la identidad materna y consigo borrando de este nuevo apellido a la mujer, en cambio, el apellido del padre continúa siempre que se trate de hijos varones. Esta perpetuidad de los apellidos de los hombres no puede ser mantenida en un Código Civil y Comercial edificado sobre principios de derechos humanos como lo es el de igualdad y no discriminación.

La obligada perspectiva de género no sólo está presente en el apellido de los hijos, sino también en el de los cónyuges. Veamos: en el Código Civil originario era obligatorio para la mujer casada adicionarse el apellido del marido anteponiendo la preposición “de” y si no lo hacía, se lo consideraba una injuria grave, causal de divorcio en el que la mujer era la culpable. La ley 23.515, que introdujo el divorcio vincular en la Argentina, modifica este régimen al entender que es optativo para la mujer portar o no el apellido del marido. Años más tarde, la ley de matrimonio igualitario permitió a los cónyuges del mismo sexo adicionarse cada uno de ellos el apellido del otro, pero nada se dijo en lo relativo al apellido de los cónyuges de diverso sexo. Si bien la adición del apellido de los cónyuges hace tiempo que ha perdido fuerza en la práctica social, lo cierto es que desde el punto de vista pedagógico y simbólico auspiciado por el principio de igualdad en razón del género, la posibilidad de adicionarse el

apellido del cónyuge debe estar habilitada, tanto para las mujeres como para los hombres. Así se hace en el nuevo Código Civil y Comercial.

Además, esta nueva herramienta legal fundamental y esencial para la vida de las personas introduce otro cambio nada menor desde la perspectiva de género: la adición del apellido del otro cónyuge puede o no ir precedida de la preposición “de”. Sucede que esta preposición “de” —si bien tiene varios significados— uno de ellos es la “pertenencia” de una persona a otra; y esta es otra consideración que debe ser desactivada desde la mirada de género, cuestión que es advertida en el nuevo Código Civil al flexibilizarlo y habilitar a que el apellido del otro cónyuge se pueda adicionar sin anteponer dicha preposición y que simplemente quede como un apellido compuesto.

A modo de cierre y auspiciado justamente, por la perspectiva de género, cabría preguntarse si la mejor decisión de política legislativa no hubiera sido aprovechar esta oportunidad reformista para derogar la posibilidad de que un cónyuge se adicione el apellido del otro, portando siempre el apellido de uno que hace a la identidad de la persona más allá de su estado civil.

II.2. Apertura del régimen de bienes en el matrimonio y perspectiva de género

Algunas autoras feministas afirman que la posibilidad legal de que los cónyuges puedan elegir que los rija el régimen de separación de bienes perjudica a las mujeres. Así, la recordada Birgin en un artículo periodístico expresó: “*A una mujer a punto de casarse, si le das a elegir, va a elegir lo que quiera el marido. Es muy difícil que la mujer tenga autonomía de elección. Y si el marido después la deja, quedaría sin nada. En general, los primeros años del matrimonio son los años de la maternidad, y las mujeres acumulan menos. Habría que pensar una variante para diferenciar los casos de mujeres como Susana Giménez de la mujer común trabajadora*”. En este mismo espacio, Marcela Rodríguez afirmó: “*En principio general, teniendo en cuenta que la mayoría de las mujeres cuentan con menos propiedades y ganan menos que los hombres por el mismo trabajo, el régimen de separación de bienes le resulta desventajoso. Especialmente si no hay una forma de traducir el trabajo que implican las tareas domésticas y el cuidado unilateral de hijos, y que nuevamente en la mayoría de los casos recae en las mujeres (...) ante la desigualdad existente, este tipo de regímenes sin algún tipo de recaudo que implique preservar la igualdad entre varones y mujeres, probablemente resulte en una situación perjudicial para la mayoría de las mujeres*” (6). Si bien estas palabras han sido esgrimidas en el marco de un régimen legal heteronormativo, es decir, que silenciaba las relaciones

matrimoniales conformadas por parejas del mismo sexo, lo cierto es que estas ideas aún seguirían presentes (7).

No compartimos esta mirada que, en mi opinión, peca de ser un tanto simplista a la luz de la compleja realidad social en la cual se insertan las mujeres hoy. En este sentido, la posibilidad de optar por otro régimen (el de separación de bienes) como contrapartida al régimen de comunidad que es el que rige de manera supletoria, por regla, no perjudica a nadie; tampoco a las mujeres. Por el contrario, supone la posibilidad de ejercitar la propia autonomía que se ve reflejada en la elección que hagan los contrayentes, al celebrar matrimonio, o los ya cónyuges, una vez que hayan celebrado matrimonio si ha transcurrido como mínimo un año. El principio de libertad y autonomía es uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Código Civil y Comercial de la Nación y no se encuentran argumentos de peso para no permitir que estos principios aterrizen en el campo patrimonial del Derecho matrimonial, dejando de ser casi los únicos ordenamientos jurídicos del globo —juntamente con Cuba y algunos Estados de México— de regular un régimen legal único y forzoso. Máxime cuando los perjuicios o injusticias que podría traer la elección y aplicación de tal o cual régimen serían perfectamente corregidos gracias a la incorporación de una nueva figura, como es la compensación económica y a la cual nos abocaremos en breve.

Por otra parte, es conocida el valor pedagógico de la ley; en este marco, cabe destacar que la posibilidad de optar entre los dos regímenes que regula el Código Civil y Comercial, constituye una excelente y clara oportunidad para contribuir en la necesaria deconstrucción de los “estereotipos” fuertemente arraigados en el imaginario social que giran en torno a la mujer: “cuidadora de la casa y los hijos” y económicamente dependiente del hombre; imaginario que cada vez se aleja más de la realidad social; basta con mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas de hogar.

Ahora bien, y como se adelantó, por aplicación del principio de realidad, el Código Civil y Comercial reconoce que en diversos hogares aún se mantiene el modelo “tradicional”, se prevé como solución, ante la ruptura de un matrimonio —pues es aquí donde las desigualdades se hacen sentir—, la incorporación de la figura de la compensación económica, ya existente con variantes en varias legislaciones del Derecho comparado (España, Chile, etc.) (8).

Por otra parte, no se debe perder de vista que el régimen de bienes en el matrimonio se aplica en un contexto de igualdad en lo atinente a la orientación sexual, por lo cual

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Algunas de estas ideas que aquí se exponen han sido expresadas por la diputada nacional Mara Brawer en su discurso en el recinto el 01/10/2014 en ocasión de sancionar la reforma y unificación del Código Civil y Comercial, de quien la autora del presente trabajo ha sido asesora de la vicepresidencia de la comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. La base o columna central de esta mirada está presente en la nota en el diario *Página 12* del 26/12/2014 titulada “El código de las nuevas generaciones” en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-262703-2014-12-26.html>.

(2) Para tener un panorama general sobre los principales cambios que introduce el Código Civil y Comercial en las relaciones de familia compulsar entre otros: HERRERA, Marisa, “Panorama General del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial de la Nación. Reformar para transformar”, Suplemento Especial “Código Civil y Comercial de la Nación”, Lorenzetti, Ricardo L. (director), Thomson Reuters-

La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 39 y ss.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista La Ley*, 08/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3592/2014.

(3) El ya famoso art. 19 del Código Civil y Comercial también puede ser analizado desde la perspectiva de género o de manera más precisa, es hábil para ser criticado desde este enfoque, pero por razones de espacio estará ausente en esta oportunidad, destacándose que ya se lo ha abordado en diferentes oportunidades como ser: HERRERA, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial de la Nación. Reformar para transformar”, citada en la nota anterior.

(4) Ver entre otros: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Comparado* n° 10, Derecho de Familia II, Rubin-

zal Culzoni 2005-7; HERRERA, Marisa, “Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la “constitucionalización del derecho de familia”, *Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes. Derecho de Familia*, Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras (directoras), La Ley-Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 123 y ss.

(5) Para profundizar sobre este temática compulsar entre otros: QUIRNO, Diego Norberto - CRISCI, Anabella, “El apellido del hijo extramatrimonial”, *DJ* 02/11/2011, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 11; Muñiz, Javier, “El nombre de los hijos en los matrimonios de personas del mismo sexo”, *Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia. Derecho de Familia* nro. 67, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 225; PAGANO, Luz M., “El apellido materno en la filiación biológica (arts. 4 y 5 Ley del Nombre de las Personas Naturales 18248)”, *JA* 2004-IV-998.

(6) “Matrimonios, propiedades y algo más”, *Página 12*, 30/03/2012 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/>

sociedad/3-190748-2012-03-30.html, compulsado el 28/12/2014.

(7) En un curso dictado de manera conjunta con la Dra. Nelly Minyersky organizado por el Observatorio de Género del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires el 02/12/2014 en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA, esta profesora también esgrimió su postura crítica sobre la apertura que observa el régimen de bienes en el Código Civil y Comercial, por las mismas razones que las expresadas de manera bien sintéticas por las palabras de Birgin y Rodríguez.

(8) La figura de la compensación económica es una herramienta hábil para proteger al cónyuge o conviviente más débil que aún siguen siendo las mujeres (conf. MOLINA de JUAN, Mariel F., “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 187 y ss).

no siempre se está ante la dupla mujer cuidadora / hombre proveedor, sino que también la mayor perspectiva de vida facilitada —entre otras causas— la mayor cantidad de parejas que contraen matrimonio por segunda o tercera vez cuyos integrantes ya tienen cada uno un desarrollo personal económico autónomo, en el cual es entendible que opten por el régimen de separación de bienes como sistema que mejor responde a sus necesidades o realidad patrimonial.

Todos estos argumentos confluyen en la siguiente conclusión: el acierto —tanto en términos jurídicos constitucionales/concivenciales como sociales y simbólicos— la regulación que propone el Código Civil y Comercial en lo relativo a los bienes en el matrimonio desde una perspectiva de género.

II.3. Sobre la ruptura del matrimonio (9)

A) *El llamado divorcio incausado: el deber de fidelidad en su justo lugar en respeto por el derecho a la intimidad, privacidad y desarrollo personal autónomo*

A. 1) Consideraciones generales

A la luz de la constitucionalización y concivencialización del Derecho Privado, es decir, el peso que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen como fuerza inspiradora de todo el ordenamiento jurídico nacional civil, siempre se debe resaltar cuál es el derecho humano comprometido que implica cada institución jurídica. En este caso, cabe preguntarse qué es del divorcio desde esta mirada obligatoria. Al respecto, es pertinente recordar que el art. 19 de la Constitución Nacional argentina dispone en su primera parte: “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”. Así, es dable interrogarse si un sistema jurídico de divorcio “causado”, como el que prevé el Código Civil aún vigente —y hasta dentro de algunos pocos meses, ya que se adelantó su vigencia para el 01/08/2014 de conformidad con lo dispuesto en la ley 27.077—, cumple con esta manda constitucional en el que un tercero —el juez—, totalmente ajeno a la pareja que seguramente jamás conoció hasta el momento en que se plantea la demanda, debe dirimir supuestas “culpas” determinando quién es el cónyuge culpable y quién el inocente o, de mínima, que los cónyuges se presenten a la justicia manifestando en audiencia reservada cuáles son las causas o razones que hacen moralmente imposible la vida en común y que ameriten que se dicte su divorcio o demostrar que han estado, como mínimo, tres años separados de hecho (sin convivir) como prueba del desquicio o ruptura matrimonial.

¿Acaso la principal lucha por la emancipación e igualdad de las mujeres no gira en torno a la intromisión estatal, a la injerencia en sus vidas, en sus cuerpos y en las decisiones que adopten al respecto, fundada en el respeto por el derecho a la intimidad, privacidad y autonomía? La respuesta afirmativa se impone; y mantener un sistema de divorcio causado sigue esta línea legislativa que se inmiscuye en la vida de las personas y contraría, por lo tanto, el citado art. 19 de la Constitución Nacional.

A.2) La derogación de la fidelidad como deber jurídico (10)

En su parte pertinente, el art. 431 del Código Civil y Comercial expresa: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”. Al respecto, cabe recordar que en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, redactado por una comisión de juristas creada por Decreto 191/2011, se explicitaba: “Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

Más allá de esta incorrecta apelación al deber “moral” de fidelidad (aludiéndose a la moral cristiana), siendo que lo “moral” no debería estar ni mencionado en un Código Civil laico, alejado de connotaciones o principios morales y religiosos, lo cierto es que el deber de fidelidad en el nuevo texto legal queda como un deber no jurídico, es decir, no genera ningún tipo de efectos en este plano. En otras palabras, que el supuesto incumplimiento de la fidelidad no constituye una cuestión de interés para la ley y, por lo tanto, un tercero —juez— no pueda inmiscuirse en la vida matrimonial para saber quién ha sido el cónyuge que incurrió en infidelidad, porque esta actitud estaría fuera de la autoridad de los magistrados. He aquí la oportunidad para preguntarse si no sería incompatible la mirada religiosa con la perspectiva de género: ¿Acaso la Iglesia Católica no se ha opuesto sistemáticamente a todas aquellas iniciativas que pretenden o tienen por finalidad expandir, profundizar y respetar el derecho de las mujeres? El debate aún inconcluso por la despenalización del aborto —como tantos otros— es una clara muestra de ello (11).

Regresando a la fidelidad como uno de los tantos campos temáticos que involucra la

sexualidad de las personas —en especial, de las mujeres—, materia que siempre ha sido de interés y control por parte de la Iglesia Católica y, nuevamente, apelando a los Fundamentos del Anteproyecto, allí se expresa: “Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”. Sin lugar a dudas, este deber moral ha sido una concesión a la Iglesia Católica como lo fue en el marco del debate sobre el divorcio vincular a mediados de los años ‘80 el mantenimiento de la figura de la separación personal.

¿Por qué será que siempre las cuestiones relacionadas con lo “sexual” han incomodado tanto al Derecho sostenido por fuerzas extra-jurídicas y de peso? Tanto la doctrina como la jurisprudencia han colocado sobre el deber de fidelidad una carga que no estaba presente en el resto de los derechos y deberes matrimoniales; como si fuere una especie de “super deber” que le importa al Derecho perseguir y castigar (12). Todo esto está íntimamente ligado con la aludida “moralidad cristiana”, la cual se pretendió quitar en el nuevo texto legal pero no se pudo del todo, al mencionarla en el texto más allá de que se señale que se trata de un “deber moral”.

Es por ello que se debe dejar bien en claro que cualquier conducta de los cónyuges referida a la fidelidad-infidelidad por parte de uno o de ambos no genera ninguna posibilidad de reclamar daños y perjuicios. Sucede que siendo la fidelidad un deber moral, éste no puede traer aparejada ninguna sanción civil; básicamente, ni ser causal de divorcio por adulterio o, en su defecto, de injurias graves, y las consecuencias negativas que se derivan para el cónyuge culpable; ni la posibilidad de peticionar la reparación de los daños y perjuicios al no estarse más ante un hecho ilícito, antijurídico.

Con relación a los daños y perjuicios derivados del divorcio que durante varios años ha desvelado a la doctrina y jurisprudencia nacionales, debiéndose llegar a un fallo plenario (13), el interrogante que está detrás del nuevo régimen es si el deber moral de fidelidad puede originar un daño jurídicamente reparable. La respuesta está claramente expuesta en los Fundamentos del Anteproyecto que dice: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la

condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio, los que al configurar un hecho ilícito generan el deber de reparar. Por ende, y a contrario sensu, si la fidelidad no es un derecho deber jurídico sino moral, mal puede configurar un hecho ilícito por no ser antijurídico, no dándose así los presupuestos de la responsabilidad civil.

A.3) Bases del divorcio incausado (14)

Receptar un nuevo texto legal que pase de indagar culpas u otras causas de la ruptura matrimonial a un sistema en el cual no le importe en absoluto las razones por las cuales los cónyuges llegaron a tomar esa decisión, sino que sólo le interesan los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan del divorcio, no es una cuestión menor. Todo lo contrario, constituye una transformación legal y, a la vez, cultural de suma relevancia.

De esta manera, se reconoce de manera expresa que las relaciones de pareja han cambiado, que la realidad social en este punto también ha sufrido —y en buena hora— transformaciones que merecen ser plasmadas en un nuevo texto civil. Como bien se ha señalado: “Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida” (15). Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede —ni debería pretender— evitar o retrasar han sido destacados, promovidos y repotenciados, justamente, por la emancipación de la mujer.

● CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(9) Para profundizar sobre este tema compulsar entre otros: HERRERA, Marisa, “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina en la Argentina: bases para leer el régimen de divorcio incausado”, *Revista Ventana Jurídica*, vol. 2, San Salvador; 2014; LLOVERAS, Nora - RÍOS, Juan P., “El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012”, MJ-DOC-6394-AR | MJD6394, *Microjuris online*, Buenos Aires, 2013; CHECHILE, Ana María, “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p.167.

(10) Para profundizar sobre este tema que generó ciertas resistencias en la doctrina nacional argentina más conservadora ver: HERNÁNDEZ, Lidia B., “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (noviembre), La Ley, Buenos Aires, p.37 y ss.; ALVA-

REZ, Osvaldo O., “El divorcio vincular incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (julio), La Ley, Buenos Aires, p. 24 y ss.; MILLÁN, Liliana Luján y STARÓPOLI, María del Carmen, “El ocazo del matrimonio y la impronta del concubinato”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2013 (junio), La Ley, Buenos Aires, p. 6 y ss.; BORDA (h.), Guillermo J., “Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado (Entre la ideología del reformador y la tradición de los argentinos)”, *Revista Derecho de Familia y Persona* 2012 (julio), La Ley, Buenos Aires, p. 32 y ss.; BASSET, Úrsula, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, LALEY, 2012-E, 912.

(11) Amplísima es la bibliografía en torno a la incidencia de la doctrina de la Iglesia Católica en las “cuestiones de las familias” en plural. Sólo a modo de muestra, cabe traer a colación un autor que hace tiempo se ocupa de este tema como campo de estudio para desarrollar, siendo investigador del CONI-

CET. Me refiero a Juan Marco Vaggione, quien asevera: “Mientras más cercanos sean los gobiernos a la Iglesia católica o mientras más dependen para su legitimidad del apoyo de la misma, menores son las posibilidades de que se sancionen DDSSRR —siglas con las que se sintetizan a los derechos sexuales y reproductivos—. Es común encontrar en los países latinoamericanos un vínculo clientelar u orden tutelar (Nugent, 2004) entre Estado e Iglesia, por el cual la Iglesia le otorga legitimidad a los gobernantes a cambio de que los mismos defiendan su concepción de familia y sexualidad” (VAGGIONE, Juan Marco y MUGICA, Jaris, “Introducción” a la obra compilada por ambos autores, *Conservadurismo, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Colección Religión, Género y Sexualidad, Ferreyra Editor, Córdoba, 2013, p.23).

(12) Así, el Tribunal de Familia de Formosa en su sentencia “I. de E., M. M. c/ E. R. E. s/ Separación personal y disolución de la sociedad conyugal” del 01/11/1995 aseveró que “La causal de adulterio pre-

vista en el art. 202 inc. 1 del Código Civil constituye el más directo y grosero ataque contra el instituto matrimonial, se viola el deber de fidelidad, en forma principal, pero no exclusiva. El adulterio es, en cierta forma, una especie dentro de la más amplia ‘infidelidad’, pero cumple la fundamental función de tipificarla. No toda infidelidad es adulterio, aunque lo inverso sí lo es”.

(13) CNCiv., en pleno, 20/9/94, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, LALEY, 1994-E, 538.

(14) HERRERA, Marisa, “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación* (primera parte), diciembre, La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p.53.

(15) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, “Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?”, *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, —Defensor del Pueblo— Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares (Madrid), 2011, p.34.

VIENE DE PÁGINA 3

En este sentido, se agrega: “La igualdad entre mujeres y hombres se advierte una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia” (16).

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que “en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional” (17), aquella basada en la “potestad” del hombre por sobre la mujer y los hijos; o en otras palabras: “Un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, violencia” (18). El divorcio incausado es una decisión clave para entender que la ley constituye una herramienta hábil para la pacificación y a la vez la prevención de conflictos familiares, al desincentivar disputas que se muestran en otros ámbitos directamente relacionados, como lo son los vínculos parentales o también de parentesco, en aquellas situaciones donde un ex cónyuge —por lo general, las mujeres— impide la comunicación con los abuelos u otros familiares paternos. En otros términos, el sistema incausado de divorcio es la clara manifestación de la diferencia entre los procesos civiles y los procesos de familia; en estos últimos, se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en el que hay un “ganador” y un “perdedor”, sino, por el contrario, en la que ambos ganan si se sale de esa lógica donde, por lo general, cuando hay hijos, ellos son el “trofeo” a disputarse tras un divorcio destructivo.

El Código Civil y Comercial al regular un único sistema incausado admite que el vínculo matrimonial —como todas las relaciones humanas— es un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero —si es que existe una verdad— “culpable” de la desavenencia matrimonial. Se trata de no abrir —y así malgastar— un espacio como la justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que sólo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

De esta manera, el régimen de divorcio incausado no sólo viene a pacificar las relaciones de pareja matrimonial post- divorcio, sino que a modo de herramienta preventiva viene a evitar los diferentes conflictos que se pueden desatar entre ellos con relación a los hijos.

Esto ya es puesto de resalto por varias voces doctrinarias como jurisprudenciales. A modo de ejemplo, en un precedente de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual se pretende comparar el régimen aún vigente con el proyectado se dice: “Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho

vigente, y la estructura del actual código permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbosas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado nos hemos enterado de la intimidad no sólo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan sólo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios)” (19).

Misma línea argumental se reafirma en la gran cantidad de precedentes judiciales post-reforma que se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del régimen de divorcio objetivo del Código Civil fundados, entre otras consideraciones, en el Código Civil y Comercial. Así, el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en un precedente del 31/07/2013 declaró la inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil exponiendo: “Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial” (20). ¿Acaso la espera de 3 años para poder solicitar el divorcio no atenta contra el mencionado principio de intimidad, privacidad y libertad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional?

De este modo, el Código Civil y Comercial facilita el proceso de divorcio al centrarse en las consecuencias y efectos, no en las causas, quitándose todo obstáculo temporal (se deroga la necesidad de que haya un tiempo mínimo de espera) y también de legitimación, siendo que el divorcio lo pueden solicitar ambos cónyuges o uno de ellos. Así se reconoce otro dato de la realidad. El matrimonio se celebra de a dos y se sostiene también de manera conjunta; si ya uno de sus miembros no quiere estar más sosteniendo un proyecto de vida de pareja, es poco o nada lo que puede hacer la ley. Más aún, en términos preventivos, obligar a seguir casados a los cónyuges de un matrimonio que ya no lo quieren estar podría ser caldo de cultivo para situaciones de violencia familiar.

B) El deber de convivencia como deber sin efectos jurídicos sancionatorios

Es evidente que si se deroga el régimen de divorcio causado en general y, en particular, el divorcio culpable, la violación al deber de cohabitar o convivencia no debe dar lugar a sanción alguna, de allí que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos enunciados en el art. 431 del Código Civil y Comercial, incluso tampoco era calificada como deber moral como en el caso del deber de fidelidad. Sin embargo, en el texto aprobado en Senadores se lo volvió a incorporar quedando como un deber jurídico

pero, como se verá, sin ninguna consecuencia, efecto o sanción jurídica.

¿A quiénes dejaría afuera un Código que se pretende inclusivo, si se entendiera que el deber de convivencia constituye, en la práctica, un deber jurídico? Más allá de volver a ponerse en jaque el principio de intimidad, privacidad y libertad, puntualmente, reincorporar el deber de convivencia como deber jurídico perjudica a un tipo de relaciones de pareja que se ve con mayor frecuencia en el abanico cada vez más amplio de realidades familiares. Nos referimos a las llamadas en el Derecho anglosajón parejas “LAT” (siglas en inglés: “living apart together”, traducido como parejas sin domesticidad común), que son aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, *parejas que viven juntas pero separadas* (21).

¿Puede una pareja nacer “separada de techo”? A diferencia de lo que acontece en los supuestos que se dirimieron en la justicia alegándose separación de hecho como causal de divorcio por matrimonios que viven en el mismo hogar (elemento objetivo), pero sin la finalidad de continuar un proyecto de vida en común (elemento subjetivo); en este tipo de relaciones afectivas, que muestra la realidad contemporánea, sucede totalmente lo contrario. El elemento subjetivo, el proyecto en común, está latente y ausente le convivencia bajo el mismo techo.

Por lo general, se trata de segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen hijos de parejas anteriores y por diversas razones eligen —autonomía de la voluntad— no compartir el mismo techo. ¿Acaso se puede considerar que dos personas que prestan el consentimiento ante el oficial del registro civil, tienen un proyecto de vida en común y deciden vivir uno en una vivienda y el otro en el piso de arriba, a la vuelta o a algunas cuerdas de distancia porque ambos tienen hijos adolescentes y no quieren unir ambas familias, no son un matrimonio sólo porque no cumplen con el deber de cohabitación? Según el proyecto de reforma, hasta los cambios que tuvo de último momento antes de su sanción en Senadores, esta particular tipología familiar tenía su espacio en total consonancia con las nociones de pluralidad y “multiculturalidad” que campeaban en el Anteproyecto.

Si bien en el art. 431 el deber de convivencia está consignado como un deber jurídico, cabe dejar expresado que su supuesto “incumplimiento” no tendrá ninguna consecuencia o efecto jurídico negativo, porque ya hoy en la práctica no lo tiene.

En primer lugar, cabe preguntarse qué importancia tiene desde el plano jurídico en el marco de un divorcio incausado. Ninguna, ya que al no haber un divorcio culpable, si uno se va del hogar, no podría ser pasible de ser decretado cónyuge culpable. ¿Qué otro efecto podría derivarse? Es aquí en donde hay que pregonar una mirada sistémica e integral del nuevo régimen civil, ya que, de lo contrario, una vez más el fantasma de los daños y perjuicios —que se pretendió excluir del proyecto de reforma y que ya hoy en día está en franca retirada— podría volver a instalarse.

¿Cuál habría sido la razón de esta reincorporación? Una respuesta posible podría ser

el fundamentalismo conservador y tradicional ya mencionado, que se resiste a que el Derecho de Familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional-convenicional y, por ende, humana. La otra, ceder ante el engañoso *slogan* de que la convivencia no puede ser un elemento *sine qua non* en las uniones convivenciales y estar ausente en el matrimonio. Esta afirmación es más efectista que real.

Veamos. Cabe recordar que no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se regula distinto lo que es de por sí diferente. El matrimonio es un acto formal; por el contrario, la unión convivencial es eminentemente informal. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente “fuerte” para que el Derecho no le pueda dar la espalda y deba reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para su reconocimiento, deben contar con determinados requisitos, ente los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 del Código Civil y Comercial) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510), para evitar la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el nuevo Código le otorga a las parejas que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal, es en ese contexto que a la convivencia no se la observa como un elemento central para la existencia de un matrimonio.

Con la redacción del art. 431 es claro que se empeora, considerablemente, el régimen matrimonial, incluso el actualmente vigente. Sucede que en la actualidad, al menos, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación, como ser cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el proyecto de vida en común. En el texto que se ha aprobado no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Acaso un nuevo Código Civil no debería tener entre sus principales finalidades evitar la mayor cantidad de debates interpretativos, ser un instrumento legal lo más claro y preciso posible?

¿Qué acontecería si un cónyuge se va de viaje por algunos meses por razones laborales o académicas y, en el ínterin, su cónyuge fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la normativa sancionada y, a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art. 431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono o coherente con todo el régimen del nuevo Código. La verdadera naturaleza del deber de convivencia es, al igual que el de fidelidad, ser un deber moral, que quede fuera también de la “autoridad de los magistrados”, como lo dispone el art. 19 de la Constitución Nacional. Esta es la interpretación correcta del deber de convivencia.

NOTAS

(16) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, op. cit. ps. 35 y 36.

(17) GIDDENS, Anthony, “Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas”, trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 2000, p. 78.

(18) HERRERA, Marisa, “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se aveci-

na. Bases para leer el régimen de divorcio incausado”, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (Dir. Herrera, Marisa y Graham, Marisa), Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 289.

(19) BIGLIARDI, Karina A. y DE OLIVEIRA, Juan José, “¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio

incausado en el Proyecto de Código Unificado”, *Revista Derecho de Familia y Persona*, 2012 (septiembre), 01/09/2012, p. 103 y ss.

(20) Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, 31/07/2011, “D. Z. Y V., C. A. s/ divorcio por presentación conjunta”, del 31/07/2013, publicado en <http://www.nuevocodigocivil.com/divorcio-vincular-fallo-declara-la>

inconstitucionalidad-del-artículo-215-del-codigo-civil, compulsada el 28/12/2014.

(21) Para profundizar sobre este tema ver Ortiz Diego, “Las nuevas parejas LAT (*‘living apart together’*) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Microjuris*, 29/11/2012. Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJJD6088.

OPINIÓN

Gustavo J. Torassa

La cesión en garantía en el Código Civil y Comercial

I. El régimen de la cesión de créditos en garantía en los actuales Código Civil y Código de Comercio de la República Argentina

A simple modo de refrescar el régimen vigente en nuestro actual Código Civil y Código de Comercio, vale recordar que la cesión de créditos se encuentra regulada en forma expresa en el art. 1434. Allí se regula que habrá cesión de crédito de una persona a otra, cuando la primera (cedente) se obliga a transferir a la otra (cesionario) el derecho que posee contra su deudor, entregándole al cesionario el título del crédito, si este último existiese.

A su vez, el art. 583 del Cód. de Comercio acepta la prenda de títulos de la deuda pública, acciones de compañías o empresas, y en general cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio.

La práctica bancaria ha utilizado con frecuencia el mecanismo de cesión de créditos en garantía, creando así una garantía atípica. Bajo este esquema el cliente del

banco —tomador de un crédito— se obliga a pagarlo a su vencimiento, y en garantía de su debido repago le cede a favor del banco acreedor determinados créditos de titularidad del primero.

La doctrina mayoritaria, según expone sólidamente el Dr. Rivera (1), ha sostenido que se trata en verdad de un contrato de prenda sobre el crédito cedido, basándose en la previsión del art. 3204 del Cód. Civil. Dicho artículo establece que: “Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”. Igual postura —sostiene dicho artículo— siguió la jurisprudencia.

A los fines que dicha prenda sobre un crédito, quede constituida y pueda oponerse a terceros, debe ser realizada por escrito (2), constar por instrumento público o privado de fecha cierta (3) y debe ser notificada al deudor cedido. (4)

La práctica general de las cesiones en garantía nos muestra que habitualmente las partes establecen que el cedente (deudor) no queda liberado de su obligación de pago de la deuda asumida con el acreedor. De tal forma, en el supuesto en que el crédito cedido no pudiere ser cobrado a su vencimiento por el acreedor, este último mantiene el derecho de perseguir el cobro directo de su deudor-cedente.

Respecto de los terceros con interés legítimo en discutir la cesión, la propiedad del crédito se entiende debidamente cedida al cesionario a través de la notificación de la cesión al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia por parte de éste. (5) Esta notificación será eficaz respecto de los terceros en su conjunto, siempre que hubiere sido notificada por un acto público (6) (escritura pública, carta documento o telegrama colacionado).

Finalmente, el Código que seguirá vigente hasta fines de julio de 2015, precisa que cuando se trata de derechos litigiosos la ce-

sión deberá efectuarse necesariamente por instrumento público.

II. La regulación de la cesión de créditos en garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994 (“CCyCN”), y que empezará a regir a partir del 1 de agosto de 2015 (7), regula en el Libro Tercero “Derechos Personales”, dentro del Título IV “Contratos en Particular”, en el Capítulo 26, la cesión de derechos.

Según el art. 1614 del CCyCN hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiera a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que la misma se haya realizado mediando la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

OPINIÓN

Pablo A. Liste

Acceso al empleo público y cupo para personas con discapacidad

I. El marco legal y convencional

La Argentina ha asumido obligaciones significativas en orden a la incorporación de agentes públicos con discapacidad.

Es importante señalar que algunos de estos compromisos, lejos de ser formulados en términos genéricos, establecen con precisión cuál es la conducta exigible al Estado. Tal es el caso de la ley 22.431, mediante la cual se instituye un “sistema de protección integral de las personas discapacitadas”. Según el art. 8º de esta norma (1), el Estado nacional se encuentra obligado a “ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas”. Hay dos aspectos que merecen ser destacados. Por un lado, la amplitud de los sujetos obligados: el artículo indica expresamente que se encuentran comprendidos los tres Poderes del Estado, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos. Por otro lado, la amplitud de las relaciones laborales comprendidas: el porcentaje referido debe observarse no sólo respecto

del personal de planta, sino también para contratados “cualquiera sea la modalidad de contratación”, y “para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios”. A su vez, las vacantes que se produzcan “deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse”.

Debe citarse, asimismo, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD); aprobada por nuestro país mediante la ley 26.378. Vale poner de resalto que este instrumento ha adquirido jerarquía constitucional recientemente, mediante la ley 27.044 (publicada el 22/12/2014). Entre otras previsiones relativas al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, la CIDPD establece el deber estatal de alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad y apoyarlas en la búsqueda de empleo. También se instituye la obligación de emplearlas en el sector público (art. 27.1, puntos e y g).

La obligación estatal de adoptar medidas tendientes a asegurar el empleo de las personas con discapacidad se encuentra asimismo consagrada en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las

Personas con Discapacidad (art. III.1.a), aprobada mediante la ley 25.280, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —“Protocolo de San Salvador”— (art. 18.a), aprobado por la ley 24.658. Por otra parte, la ley 23.462 aprueba el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas. En este instrumento, los miembros reconocen que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona con discapacidad obtenga y conserve un empleo adecuado, de modo de posibilitar su integración en la sociedad.

Así pues, la obligación legal de observar el cupo del 4% reservado para personas con discapacidad —ya de por sí imperativa en razón de lo previsto por la ley 22.431— se encuentra ahora estrechamente ligada a compromisos convencionales asumidos por el Estado nacional.

II. La inobservancia del cupo

No obstante lo hasta aquí descripto, las estadísticas de la Oficina Nacional de Empleo Público dan cuenta del bajo grado de cumplimiento del cupo fijado en el art. 8º de la ley 22.431. (2)

Para el primer semestre de 2014, el porcentaje de personal con discapacidad en el sector público nacional, considerando todas las modalidades de contratación, era de apenas el 0,79%; sólo dos centésimas por encima del registrado en el año 2013. (3) Considerando que en el 2010 las personas con discapacidad empleadas por el Estado representaban cerca del 0,50% del personal, es fácil advertir que se está muy lejos de cubrir el cupo previsto en la ley y que no ha habido avances significativos en los últimos años para revertir esta situación. Otro dato relevante en este sentido es el aumento significativo de las dotaciones del sector público nacional. (4) Esta circunstancia invita a preguntarse si a la par del crecimiento de las plantas de personal no hubiese sido posible incorporar una mayor cantidad de personas con discapacidad, de modo de avanzar más rápidamente hacia la plena observancia del cupo legal. Más aún teniendo en cuenta que la ley 22.431 señala que, a fin de dar cumplimiento a dicho cupo, las vacantes deben prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten su idoneidad para el cargo a cubrir.

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

VIENE DE TAPA

contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por este Capítulo.

Ahora bien, cuando la cesión es en garantía, el art. 1615 del citado CCyCN dispone claramente que las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario, remitiendo así a los arts. 2232 y siguientes del mismo cuerpo legal.

El citado art. 2232 del CCyCN dispone, a su vez, que la prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido. La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado. Se aplican —señala la norma citada— supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.

La prenda de créditos se constituye en concreto cuando se notifica la existencia del

contrato al deudor del crédito prendado, o en este caso cedido en garantía. (8) Esto es, se debe notificar la cesión en garantía al deudor del crédito cedido para que dicha cesión en garantía quede formalmente constituida y resulte oponible al deudor y frente a terceros.

En cuanto a la forma de instrumentación de esta cesión en garantía, el art. 1618 dispone que debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. En determinados supuestos este artículo dispone la necesidad de que se instrumente por escritura pública.

En lo que hace a la oponibilidad de la cesión frente a terceros ajenos al contrato, el art. 1620 del mismo Código dispone que la cesión en garantía tiene efectos frente a terceros, desde su notificación al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta. (9)

Respecto de su oponibilidad frente al supuesto de la presentación en concurso o declaración de quiebra del cedente, el

art. 1623 del nuevo cuerpo legal establece claramente que la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si dicha cesión es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra. *A contrario sensu*, notificada la cesión antes de la presentación en concurso o declaración de quiebra la cesión resultará oponible a la masa de acreedores.

Una vez efectuada la notificación de la cesión al deudor cedido, el acreedor debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito cedido (10), debiendo en caso de cobrar sumas de dinero, aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda (cesión en garantía).

En síntesis y en nuestra opinión, está claro que bajo el nuevo CCyCN:

1. La cesión en garantía es una figura admisible;
2. Se le aplican a la misma las normas de la prenda de créditos;

3. La cesión debe ser hecha por escrito, requiriéndose sólo respecto de ciertos derechos que la instrumentación sea por escritura pública;

4. La cesión tiene efecto respecto de terceros desde su notificación al deudor cedido, sea por instrumento público o privado de fecha cierta;

5. La cesión es oponible al concurso o quiebra del cedente, si la misma le fue notificada antes de la presentación en concurso preventivo, o de la sentencia declarativa de la quiebra;

6. Cumplido con estos requisitos, el acreedor estará legítimamente facultado para cobrar del deudor cedido las sumas de dinero derivadas de los créditos cedidos, y luego aplicar esos fondos a la cancelación de su crédito garantizado. ●

Cita on line: AR/DOC/261/2015

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cf. RIVERA, Julio C., “Cesión de créditos en garantía”, LA LEY, 1991-C, 867, *Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales*, t. II, 01/01/2009, 205.

(2) Cf. arts. 1454 y 3212 del Cód. Civil.

(3) Cf. art. 3217 del Cód. Civil.

(4) Cf. art. 3209 del Cód. Civil.

(5) Cf. art. 1549 del Cód. Civil.

(6) Cf. art. 1467 del Cód. Civil.

(7) Cf. ley 27.077, B.O. 19/12/2014.

(8) Cf. art. 2233 del CCyCN.

(9) Tener presente lo dispuesto respecto de la exis-

tencia de fecha cierta en el art. 317 del CCyCN.

(10) Cf. art. 2234 del CCCN.

VIENE DE TAPA

Llegados a este punto, conviene reparar en el modo en que el citado art. 8º ha sido reglamentado. Una primera observación es que esta disposición —conforme la redacción dada por la ley 25.689, del año 2003— recién tuvo su reglamentación siete años después de su entrada en vigencia, mediante el dec. 312/2010. (5)

Es cierto que el decreto implementa un sistema de información valioso para evaluar el grado de cumplimiento del cupo. También es positiva la creación de un registro de postulantes con discapacidad, que debe ser consultado con antelación a la cobertura de vacantes.

Sin embargo, el decreto no prevé que se informe a los aspirantes inscriptos en el Registro de las convocatorias en las que resulten potencialmente elegibles. Tampoco se propician vías para que ellos controlen que las preferencias legales instituidas a su favor hayan sido efectivamente observadas.

Así las cosas, sin desconocer los aspectos positivos del decreto, hubiese sido deseable que se impulsara una mayor participación de las personas con discapacidad en los procedimientos de selección.

Cabe señalar que el art. 2º del decreto prevé que los procesos de selección de personal de planta permanente cuenten con la veeduría del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas (CONADIS), conforme lo establecido en el segundo párrafo del art. 8º de la ley 22.431. Sin embargo, no se advierte por qué la veeduría se circunscribe a los procesos de selección de personal de planta permanente, cuando el cupo legal rige para cualquier modalidad contractual, y aun para personas jurídicas que no integran la estructura estatal (entes públicos no estatales y concesionarias privadas de servicios públicos). Por otra parte, esta veeduría no cuenta con la participación directa de las personas con discapacidad ni de asociaciones que los nucleen. Adviértase que más allá de que la CONADIS cuenta con un Comité Asesor integrado por organizaciones no gubernamentales abocadas a temas de discapacidad, no deja de ser un organismo público encabezado por un directorio designado por el Poder Ejecutivo Nacional. (6)

Cabe referirse, por último, a otra disposición relevante del dec. 312/2010. En su art. 7º, la norma establece que “[e]n aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación empleada,

se encuentre o no comprendida ésta en el Régimen del dec. 1023/2001 y su normativa complementaria y modificatoria, deberá incluirse en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, que el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de ocupar, en la prestación de que se trate, a personas con discapacidad, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad del personal afectado a la misma”. Este recaudo se refiere a una categoría no siempre tenida en cuenta dentro del universo de sujetos obligados por el art. 8º de la ley 22.431: la integrada por aquellas entidades no estatales comprendidas en la norma. Con todo, no existe información disponible sobre el grado de observancia de las normas de cupo por parte de este grupo.

III. Algunos mecanismos para avanzar hacia el cumplimiento

Frente a este escenario se impone la pregunta acerca de qué mecanismos existen para hacer cumplir las normas de cupo. La respuesta no es sencilla porque, como enseña Nieto (7), la inaplicación de las normas por parte de la Administración es una de las formas más refinadas de ilegalidad.

De todas maneras, me permito esbozar algunas propuestas, aun cuando éstas no resulten exhaustivas ni concluyentes.

III.1. La participación de las personas con discapacidad en los procesos de selección de personal

Al abordar esta problemática, uno de los instrumentos insoslayables es la ya citada CIDPD. Entre otras obligaciones, los Estados Parte se comprometen a emplear personas con discapacidad en el sector público. Asimismo, la convención exige que se permita la participación plena y activa de estas personas en las decisiones estatales que lo afectan.

Una forma de facilitar esta participación es, naturalmente, la difusión de estos procedimientos de selección por canales que resulten efectivos respecto de este colectivo. (8)

Por otra parte, cabe tener presente que en el caso de los entes que no tienen cubierto el cupo del 4%, los postulantes con discapacidad pueden “hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito”. (9) Ahora bien, para ejercer adecuadamente el control sobre las decisiones de los organismos obligados y determinar si las vacantes son indebidamente denegadas a postulantes con discapacidad, resulta imprescindible que los actos estatales se encuentren debidamente motivados; particularmente en lo que se refiere al mérito e idoneidad de los aspirantes. (10)

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Conforme la redacción establecida por la ley 25.689.

(2) El dec. 1027/1994, encomendó a la Secretaría de la Función Pública controlar que en las plantas de la Administración Pública Nacional se cumpla con el porcentaje establecido en la disposición legal referida (art. 9.a). Por su parte, el dec. 312/2010, reglamentario de la ley 22.431, instruye a las entidades obligadas a cumplir con el cupo para personas con discapacidad, a informar a la Subsecretaría de Gestión y Empleo Público de la Secretaría de la Gestión Pública la cantidad de cargos cubiertos y contratos celebrados en cumplimiento del cupo, respecto del total de cargos y contratos existentes.

(3) Según el informe elaborado por la Oficina Nacional de Empleo Público disponible en la página web de ese organismo: www.sgp.gov.ar.

(4) Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), sobre la base de los presupuestos aprobados entre 2008 y 2012, las plantas permanentes y transitorias de los tres Poderes del Estado nacional han pasado de un total de 303.947 agentes en 2008 a 347.590 en 2012 (conf. cuadros estadísticos disponibles en www.indec.gov.ar). A su vez, en la ley 26.895 (presupuesto para el año 2014), se consigna un total de 376.145 agentes (conf. planilla anexa al art. 6º).

(5) En el año 2008, el Juzgado Federal nº 1 de Mar del Plata, al admitir una acción de amparo iniciada por una persona con discapacidad a fin de que el Estado

nacional la emplease, concluyó que el Poder Ejecutivo había incurrido en una omisión inconstitucional porque, a esa fecha, no había reglamentado aún el art. 8º de la ley 22.421 (autos “Lezcano, Raquel c/ Estado Nacional Argentino”, LA LEY, 2008-F, 187).

(6) Conf. arts. 1º y 3º del decreto de creación de la CONADIS 1101/1987.

(7) NIETO, Alejandro, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública* Nº 76, Madrid [1975], p.18.

(8) Es necesario tener presente que las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y que dentro de este universo hay algunas que se encuentran en una situación aún más desfavorecida. Frente a éstos el Estado debería emprender políticas

particularmente activas. Sobre este punto, el Comité que monitorea el cumplimiento de la Convención recomendó a la Argentina “que preste especial interés a la formulación de políticas y programas sobre las personas con discapacidad pertenecientes a pueblos indígenas y a las personas sordociegas” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, informe CRPD/C/ARG/CO/1 del 19 de octubre de 2012, disponible en www.ohchr.org).

(9) Art. 8º, párr. 3º de la ley 22.431.

(10) Mediante la res. 55/2014, el Ministerio de Trabajo reguló el funcionamiento del Registro de Postulantes con Discapacidad y, entre otras funciones del sistema, previó la posibilidad de que el sistema realice una preselección para las búsquedas de empleo. Sin

III.2. La posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de las normas de cupo

Conviene detenerse, finalmente, en los remedios que pueden procurarse en el ámbito judicial.

Por un lado, es necesario destacar la legitimación amplia que a mi entender rige para pretensiones de esta naturaleza. Nótese que el art. 43 de la Constitución Nacional faculta a iniciar una acción de amparo contra cualquier forma de discriminación al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

La pregunta a formularse entonces es si la omisión estatal que se traduce en el incumplimiento del cupo puede considerarse una forma de discriminación. La cuestión es compleja. En principio, es factible que la discriminación resulte de una omisión y no necesariamente de una acción. En ese orden, la CIDPD incluye, entre los supuestos de discriminación por motivos de discapacidad, a la denegación de “ajustes razonables”. A su vez, define como “ajustes razonables” las adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. La omisión de tales ajustes constituye, pues, una forma de discriminación. Por su parte, la Ley sobre Actos Discriminatorios, 23.592, al referirse en su art. 1º al derecho que asiste al damnificado para requerir el cese de la conducta lesiva y obtener la reparación correspondiente, incluye expresamente las omisiones discriminatorias. (11)

Desde esta perspectiva, debe admitirse la posibilidad de que ciertas omisiones estatales lesivas de los derechos de las perso-

nas con discapacidad en materia de empleo público sean revisadas judicialmente por la vía instituida en el art. 43 de la Constitución Nacional.

Cabe referirse, finalmente, al modo en que las normas de cupo han sido aplicadas por algunos tribunales locales. Varias provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han adoptado normas de tenor similar a la contenida en el art. 8º de la ley 22.431. (12) Es cierto que estas disposiciones no suponen la instauración, como regla general, de un derecho adquirido al ingreso a la administración pública de las personas con discapacidad. (13) Empero, esta circunstancia no ha impedido el dictado de sentencias que —verificado el incumplimiento de los cupos—, procurasen tutelar los derechos de los afectados.

Así, por ejemplo, en los autos “R., L. N. c/ Provincia de Buenos Aires” (14), sentencia del 5 de abril de 2006, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires anuló un acto administrativo mediante el cual se había denegado a la actora —persona con discapacidad— su solicitud de ingreso en el cargo vacante que ocupara su padre fallecido en el Ministerio de Producción Provincial. En su sentencia, el tribunal tomó en consideración la infracción al cupo, la existencia de una propuesta oficial de designación de la actora y la acreditación de su aptitud psico-física. Por otra parte, desestimó el argumento de la demandada sustentado en restricciones reglamentarias que presuntamente vedaban el nombramiento, toda vez que dichas limitaciones no habían impedido la incorporación de otros agentes. En razón de ello, se condenó a la Provincia a que, teniendo en cuenta los requisitos fijados por la ley que fija el cupo y la normativa de empleo público local, dictase un nuevo acto administrativo.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el cumplimiento del cupo ha sido objeto de un amparo colectivo —autos “Barilá, Santiago c/ GCBA”—. Al admitir la legitimación de quien instó la acción invocando su condición de habitante de la Ciudad, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario recordó que el art. 14 de la Constitución local reconoce esta facultad, entre otros, a los habitantes, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, entre los que se cuenta la protección del trabajo. (15) En cuanto al fondo, luego de constatar la omisión antijurídica de la Ciudad, el tribunal ordenó al gobierno que, en el plazo de sesenta días, “...adopte las medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la ley 1502 y luego proceda a informarlas (...) Asimismo, y a tal fin, deberá, respetando el recaudo constitucional de idoneidad, otorgar prioridad a las personas con necesidades especiales inscriptas en el respectivo Registro, para las sucesivas designaciones”. (16)

Es necesario considerar, finalmente, la particular situación de quienes mantienen una relación de empleo con el Estado instrumentada de manera irregular bajo modalidades contractuales que no se ajustan a la realidad (habitualmente locaciones de servicios). La pregunta que se plantea aquí es cuál habrá de ser el temperamento a adoptar en los casos de personas con discapacidad que trabajan para el Estado bajo una situación de fraude laboral, frente a la decisión de su empleador de extinguir ese vínculo. Es sabido que, como regla, la jurisprudencia resuelve estos casos mediante el reconocimiento de una indemnización, pero que no ordena la reincorporación porque ello supondría prescindir las normas que

regulan el acceso al empleo público. (17) Esta solución, que en general puede resultar razonable, quizá no lo sea respecto de quienes integran este grupo vulnerable, y menos aún en un contexto de incumplimiento de las normas de cupo. En este escenario los jueces deben armonizar las normas que regulan el ingreso a la Administración con aquellas que tutelan a este colectivo. Sobre esta cuestión, resulta interesante la solución arbitrada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en el caso “Santesso, Adriana c/ GCBA”, del 30 de mayo de 2008. (18) En ese fallo, la Sala destacó que, en razón del principio de no regresividad, una vez que el Estado reconoció a la actora un *status* jurídico básico de inclusión social, éste no podía luego ser dejado de lado sin ofrecer alternativas razonables. En consecuencia, el Tribunal ordenó a la Ciudad que reincorporase a la actora a las tareas que había desempeñado hasta que se sustanciara el concurso público correspondiente a ese cargo; concurso en el que se debería respetar el cupo del 5% destinado a personas con discapacidad que demostrasen idoneidad para la función.

En suma, los precedentes referidos dan cuenta de la necesidad de procurar respuestas judiciales adecuadas —y, quizá, heterodoxas— a las omisiones estatales lesivas de los derechos de las personas con discapacidad. El reconocimiento de atribuciones propias de la administración en punto a la incorporación de personal no puede servir de excusa para rehuir la revisión de aquellas decisiones que desatiendan las obligaciones legales y convencionales del Estado. ●

Cita on line: AR/DOC/259/2015

{ NOTAS }

embargo, esta preselección no tiene efecto vinculante para el organismo decisor. En este contexto, parece pertinente preguntarse si, cuando el Estado aduce la inexistencia de postulantes idóneos en el Registro, no cabría exigir un estándar de motivación particularmente elevado que, entre otras cosas, facilite el control judicial de la decisión. Como sostiene Balbín, aquellos actos que inciden en el ámbito de los derechos fundamentales requieren una mayor motivación (“Tratado de Derecho Administrativo”, Bs. As., LA LEY, 2010, t. III, p. 67).

(11) En un fallo encomiable en el que se analizó una omisión estatal relativa a la adecuación de un establecimiento público para posibilitar la accesibilidad física de personas con discapacidad, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que la discapacidad es principalmente un problema de discriminación y estigmatización y que “...la omisión de acciones afirmativas cons-

tituye una forma de discriminación. Aunque no hay ánimo de discriminar, ello no significa que el resultado no sea excluyente” (sentencia T-553/11 del 7 de julio de 2011, disponible en www.corteconstitucional.gov.co).

(12) Un porcentaje del 4% de los empleos públicos a ser cubierto por personas con discapacidad idóneas para el cargo es instituido, por caso, mediante las leyes 9325 de la Provincia de Santa Fe; 6830 de Tucumán y 10.592 de Buenos Aires. Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 43 fija un cupo del 5% para personas con necesidades especiales.

(13) En esta inteligencia, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires confirmó una sentencia en la que se había ordenado al gobierno tener en cuenta al actor en la selección de personal antes de la designación de cualquier persona en el área informática (en la que se había capacitado aquél), respecto de aquellos organismos que no cumplían el cupo. Conviene,

sin embargo, tomar nota del voto del juez Julio Maier, quien propuso condenar a la demandada a designar o contratar al actor en un empleo público acorde con sus capacidades y limitaciones personales, dentro de treinta días, si éste reuniese los demás requisitos exigidos por la legislación. En su decisión, el juez afirmó que “...existe el deber jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de promover el acceso a empleos públicos a fin de vehicular la inserción social y laboral de estas personas. No es posible sustraerse a esta responsabilidad por las demoras en que incurre la misma Ciudad en la puesta en funcionamiento del sistema de concursos puesto que... la incorporación de aquellas personas a la función pública es independiente de la convocatoria a un concurso” (“Tobías Córdova, Álvaro Juan María c/ GCBA”, sent. del 14 de septiembre de 2005, disponible en www.tsjbaires.gov.ar).

(14) JA, 2006-IV, 152; La Ley online AR/

JUR/10523/2006.

(15) Sent. del 5 de febrero de 2007; LA LEY, 2007-C, 385.

(16) Sent. del 17 de febrero de 2009; disponible en www.consultapublica.jusbaires.gov.ar. Esta sentencia fue luego modificada parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, quien dispuso que “el mandato que pudiera recaer en el GCBA requiere precisar las obligaciones del demandado a partir de los datos que deberá obtener el *a quo* en ejercicio de las potestades previstas en el art. 29 del CCAyT” (sent. del 4 de noviembre de 2009; LLCABA, 2010, 203).

(17) Conf. doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ramos, José L. c/ Estado Nacional”, sent. del 6 de abril de 2010, 2010-B, 647.

(18) Disponible en www.consultapublica.jusbaires.gov.ar.

AGENDA

LO QUE PASÓ, LO QUE VENDRÁ

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES
PREMIO DOCTOR MIGUEL S. MARIENHOFF

Se llama a concurso para acceder al “Premio Doctor Miguel S. Marienhoff” al distinguirse el mejor trabajo inédito sobre un tema propio del Derecho Administrativo.

Los trabajos deben ser remitidos en tres ejemplares identificados con seudónimo, acompañados de sobre cerrado que contenga el nombre y el domicilio del autor o autores.

Deben tener una extensión no mayor de cien hojas escritas a máquina o en computadora, a dos espacios, de un solo lado, en papel tamaño oficio, con foliatura sucesiva y con un índice sumario.

El plazo para la presentación de los trabajos vence el 30 de noviembre de 2015.

El premio consistirá en un diploma y medalla, y será otorgado previo dictamen de un jurado compuesto por los académicos doctores Alberto Rodríguez Galán, Juan Carlos Cassagne y Roberto E. Luqui.

La Academia podrá disponer la publicación del trabajo, previo acuerdo con su autor o autores.

Los miembros de las academias nacionales no podrán aspirar a este premio.

La decisión de la Academia será inapelable y el premio podrá declararse desierto.

Avenida Alvear 1711, primer piso

Capital Federal (C1014AAE)

Teléfono: 4815-6976 - Fax: 4812-9327

e-mail: academiadederecho@fibertel.com.ar

IV JORNADAS TANDILENSES DE DERECHO DE FAMILIA

“Principales cambios del Código Civil y Comercial, en las relaciones de familia”

Preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

27 y 28 de febrero de 2015

Lugar: Aula Magna de la Universidad del Centro - Tandil - Gral. Pinto N° 399, Tandil.

Organizan: Grupo de jóvenes investigadores Proyecto UBACyT 2013-2016,
“Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias”.

Conferencias

“La constitucionalización del Derecho Privado en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial”.

“Las tensiones y verdades de los daños en el Derecho de Familia”.

“Salud mental y derechos humanos en el Código Civil y Comercial”.

Paneles

Primer Panel: “Matrimonio y Divorcio”.

Segundo Panel: “Uniones convivenciales y Familia ensamblada”.

Tercer panel: “Responsabilidad Parental”.

Cuarto panel: “Las novedades en el campo del derecho filial”.

Se entregan certificados

Disertantes:

Argeri, Gastón; Herrera, Marisa; Perez Peicij, Gonzalo; Culaciati, Martín;
Muñoz Genestoux, Rosalía; Rodríguez Iturburu, Mariana;
De La Torre, Natalia; Notrica, Federico; Salituri Amezcua, Martina;
Duprat, Carolina; Pellegrini, María Victoria; Vázquez Acatto, Mariana;
Fernández, Silvia; Pérez, Agustina; Videtta, Carolina

Actividad arancelada

Informes e inscripciones

E-mail: jornadasdefamiliatandilenses@gmail.com

Twitter: @JornadasTandilenes

Facebook: <https://www.facebook.com/events/324531197731706/>

XII CONCURSO DE ENSAYOS “IGNACIO WINIZKY”

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN Y ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

La revista “Lecciones y Ensayos” convoca a estudiantes de grado y graduados recientes (hasta tres años) a participar de la decimosegunda edición del Concurso de Ensayos “Ignacio Winizky”

Jurado:

- Prof. Dr. Marcelo Ferrante. Doctor en Derecho (Yale) y Profesor investigador (UTDT).
- Prof. Dr. Edmundo S. Hendler. Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular (UBA) y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.
- Prof. Dr. Julio B. J. Maier. Doctor en Derecho (UNC), Profesor Titular Consulto (UBA) y ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia CABA.

Premios:

Primer puesto

- Certificado de constancia del premio obtenido
- Publicación del artículo en el N° 94 de la Revista Lecciones y Ensayos

- Beca de 150 horas en el Departamento de Posgrado
- Libros del Fondo Editorial del Departamento de Publicaciones

Segundo puesto

- Certificado de constancia del premio obtenido
- Beca de 100 horas en el Departamento de Posgrado
- Libros del Fondo Editorial del Departamento de Publicaciones

Tercer puesto

- Certificado de constancia del premio obtenido
- Beca de 100 horas en el Departamento de Posgrado
- Libros del Fondo Editorial del Departamento de Publicaciones

Plazo para la presentación de trabajos: 15 de marzo de 2015

Bases del concurso

Consultas: lye@derecho.uba.ar - direccionlye@derecho.uba.ar
Departamento de Publicaciones – Revista Lecciones y Ensayos
Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires)

II.4. El valor económico de las tareas del hogar

Por otra parte, varias modificaciones que plantea el nuevo Código Civil y Comercial son el resultado de luchas, conquistas y consolidaciones promovidas por los movimientos feministas que en el tiempo han tenido amplia aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Uno de ellos es el valor económico de las tareas cotidianas que realiza un progenitor, que en la mayoría de los casos suelen ser las mujeres. Si bien la obligación alimentaria a favor de los hijos recae de manera conjunta en ambos padres, quien tras la ruptura se queda a cargo del cuidado de los hijos cumple tal obligación al realizar las tareas cotidianas de la vida del hijo (llevar y traer del colegio, ocuparse de la salud, de la recreación, etc.). Estas tareas tienen un costo económico que debe ser expresamente reconocido por la ley, revalorizando el trabajo de la mujer en el hogar. Esto es lo que recepta el art. 660 cuando se refiere a las tareas de cuidado.

II.5. Alimentos a los hijos mayores de edad y ¿desprotección del progenitor conviviente? (22)

En el campo alimentario varias normativas favorecen al progenitor más vulnerable que, en muchos núcleos familiares, suelen ser las mujeres. Un claro ejemplo de ello es el conflicto latente en el Derecho argentino y que el nuevo Código Civil y Comercial resuelve de manera equilibrada, respetando los derechos de todos los involucrados, tanto del hijo como de las madres. Sucede que en varios casos las mujeres suelen ser quienes se quedan a cargo o como principales encargadas de los hijos tras la ruptura de la pareja. ¿Qué sucede con los alimentos a favor del hijo mayor de 18 años y hasta que alcanza los 21 años, que es el momento en el cual cesa la obligación alimentaria?

Cabe recordar que la ley 26.579 bajó la edad en la cual se adquiere la mayoría de edad a los 18 años pero que, por un principio de realidad y de solidaridad familiar, mantuvo la obligación alimentaria a cargo de los padres hasta los 21 años. Esta modificación introdujo un gran debate acerca de quién cobra los alimentos en esa franja entre 18 a 21. Si el hijo, porque ya es mayor de edad, o si el progenitor conviviente (por lo general, la madre), que es con quien vive el hijo. Aquí se escucharon, básicamente, dos posturas: 1) que el padre cumple su obligación alimentaria, si se los abona al hijo mayor de edad; y 2) que seguía facultado el progenitor conviviente a seguir cobrando la cuota alimentaria, porque, de lo contrario, la mujer se encontraría perjudicada, si su hijo no colaboraba con parte de la cuota alimentaria que recibe para poder hacer frente a los gastos del hogar en el que vive con la madre y que antes llegaba a cubrir estos gastos con esa cuota alimentaria que ahora pasaba a cobrar el hijo. ¿Por qué postura se inclina el Código Civil y Comercial? Introduce una postura intermedia y no salomónica (el hijo o la madre). De manera novedosa y equilibrada se entiende que si un joven convive con un progenitor, es posible dividir la cuota alimentaria en dos para que la parte que se refiere a los gastos del hogar

sean abonados por el padre a la madre y con la otra parte restante el padre cumpla su obligación, si le entrega el dinero que corresponde al hijo para los gastos de su vida diaria (art. 622). De esta manera, las mujeres no se ven perjudicadas por la mayoría de edad de los hijos, quienes es sabido que, desde el punto de vista sociológico, permanecen a pesar de la mayoría de edad conviviendo con sus padres.

II.6. La noción de “coparentalidad” (23) y las responsabilidades conjuntas

En primer lugar, cabe destacar que el lenguaje no es neutro. Es por ello que el nuevo Código Civil y Comercial introduce varios cambios terminológicos que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico o contenido que se propone. Así, la noción de “patria potestad” que remite, indefectiblemente, a la idea del hombre-padre-proveedor, dueño de la casa, de la mujer y de los hijos; de todos ellos bajo la “potestad” y sumisión del “jefe de hogar”, se reemplaza por la idea de responsabilidad parental. No se trata de una elección fortuita, sino que se sigue el documento sobre “Principios de Derecho Europeo de Familia relativo a la responsabilidad parental” en el loable intento “de contribuir a la armonización del Derecho de Familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa” (24).

Por otra parte, es una interpretación válida el uso corriente que se le da a un término (conf. Corte IDH en “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”, 28/11/2012). Veamos: si a las personas se les preguntara qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría no diría una “potestad”, sino una gran “responsabilidad”. Justamente, es ése el concepto que deberían adoptar las regulaciones que se preocupan de los deberes y derechos derivados de la relación entre padres e hijos. Esta es la denominación que recepta el Código Civil y Comercial argentino cuyo título VII del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de familia” se refiere a la “responsabilidad parental”, derogándose o reemplazándose el perimido concepto de “patria potestad”. Se trata de una modificación en el lenguaje que trae consigo cambios de fondo. Por razones de espacio nos centraremos en sólo uno de estos cambios y las consecuencias jurídicas que se derivan de reconocer la idea de “coparentalidad” como columna vertebral del régimen de ejercicio de la responsabilidad parental. En este sentido, el interrogante que se intentará desentrañar en el presente ensayo gira en torno a qué acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres.

El Código Civil, vigente hasta el 31/07/2015, prioriza a uno de los progenitores por sobre el otro. Es decir, quien ostenta la “tenencia” de su hijo cumple un rol principal o primordial en la crianza de éste, restándole al otro progenitor un lugar periférico o secundario, circunscripto a la noción de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas y variadas críticas.

En primer lugar, la noción de “tenencia” —que el nuevo Código Civil y Comercial sus-

tituye por la de *cuidado personal*— alude más a los hijos como un objeto (“un trofeo”) que al obligado reconocimiento de ellos como sujetos de derechos, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, cabe recordar que la legislación argentina vigente —aun después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario, ley 26.618— mantiene la preferencia materna en la “tenencia” de los hijos menores de 5 años cuando se trata de una pareja de diverso sexo, prioridad que cede cuando se trata de parejas de igual sexo en el que sólo se debe observar el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, *a priori* y en abstracto, con fundamento en la supesta “naturaleza”, las mejores cuidadoras de nuestros hijos? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos no sólo perjudica a quienes se debe beneficiar en primer lugar, como son los niños, sino también a los hombres como a las mujeres.

En este contexto crítico cabe preguntarse cuál es el mejor sistema legal que cumple con el derecho humano de todo niño a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, de conformidad con las “obligaciones comunes” a las cuales se refiere el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La respuesta deviene obvia: el régimen de “coparentalidad”. Esto se funda, además de sobre este fuerte argumento o manda constitucional-convencional que impone el mencionado artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en otras razones de peso.

Desde el punto de vista realista, cabe destacar que si mientras los padres convivían bajo el mismo techo, ambos llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijos, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza; fácil se advierte que esta dinámica no debería ponerse en riesgo porque los adultos pasen a vivir en dos hogares diferentes, excepto en situaciones extremas.

Con este sistema, que siguen varias legislaciones comparadas (25) —incluso aquellas que siempre han sido muy conservadoras, como la chilena, que en el 2013 introdujo una modificación al Código Civil que incorpora la figura del cuidado personal compartido—, (26) no se duda que se beneficia a todo el grupo familiar y, en especial, a los hijos. A ellos, porque la ley les asegura que van a mantener intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijos, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas “visitas”, en el que uno de los progenitores se empieza a alejar del hijo y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, cuan “efecto dominó”, que después es muy complejo revertir.

De este modo, el régimen de “coparentalidad” no sólo es el que más y mejor responde al principio del “interés superior del niño”, sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Y saliéndose del ámbito privado para ingresar a la faz públi-

ca —aunque ambas interactúan de manera insoslayable— se reafirma el lugar de la ley como una herramienta hábil de carácter pedagógico y preventivo en el campo del Derecho de familia, que no es menor.

El régimen legal supletorio que promueve el Código Civil y Comercial es el que mejor responde a la idea de “compartir” las responsabilidades sobre los hijos, ya que no sólo establece que el ejercicio de la responsabilidad parental debe ser conjunto, sino que el cuidado personal también debe ser compartido, priorizándose la modalidad “indistinta” por sobre la alternada.

Así, el sistema que trae la nueva legislación civil y comercial protege y garantiza a los hijos las condiciones necesarias para su buen desarrollo, entendiéndose que ello se logra, si se mantiene un trato amplio y fluido con ambos progenitores como acontecía cuando los padres vivían juntos. Es decir, que la ruptura de la pareja impacte lo menos posible en la relación parental.

La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico: su sola expresión y previsión contribuye a que ninguno de los padres se sienta apartado ni excluido por la ley, lo cual no es una consideración menor en términos de efectividad de los derechos de niños, niñas y adolescentes y el fuerte compromiso que asume la legislación recientemente sancionada por verse y asumirse “constitucionalizada”.

Avanzando en las implicancias jurídicas que se derivan de esta idea cardinal de “compartir”, es dable destacar que ello no tiene por qué trasladarse al plano de la obligación alimentaria; por este motivo, el art. 666 del Código Civil y Comercial se interesa en dejar bien en claro que cuando el cuidado personal es compartido, sólo si ambos padres tienen ingresos equivalentes opera el principio por el cual cada progenitor se hace cargo de los gastos o erogaciones que se generen mientras cada uno está con el hijo. Por el contrario, si los ingresos no son similares (lo que suele acontecer en la práctica), aquel progenitor que cuenta con mayores ingresos está obligado a pasar alimentos al otro en beneficio del hijo, para que éste pueda seguir manteniendo un nivel de vida similar en ambos hogares. De esta manera, se evita que el loable régimen de cuidado personal compartido sea considerado un mecanismo hábil para retacear o incumplir obligaciones alimentarias que, en definitiva, perjudican al hijo. Asimismo, se evita que la mejor posición económica de un progenitor sea un elemento de presión para que el hijo prefiera pasar más tiempo con uno que con el otro progenitor; consideración ésta que, en definitiva, también beneficia al hijo.

Por otra parte, si de género y legislación civil se trata, no se puede dejar de dedicarle un espacio propio a destacar otra virtud que se deriva de receptar un régimen de cuidado de los hijos centrado en la coparentalidad: la prevención de la violencia de género. Nos ex-

CONTINÚA EN PÁGINA 6

{ NOTAS }

(22) Para profundizar sobre este campo temático ver WAGMAISTER, Adriana, “Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil”, SJA-2012/06/20-24.

(23) Vastísimo es el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a esta noción. Como síntesis o acercamiento ver LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-E, 1078; GROSMAN, Cecilia, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, RDF, N° 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 227 y ss.; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial”, LA LEY 15/09/2014, p. 1 y ss.

(24) En <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>, compulsado el 28/12/2014. Aquí el principio 3:1 se refiere al “Concepto de responsabilidad parental” en los siguientes términos: “La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal”.

(25) El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que

adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado como ser: Brasil (Código Civil, art.1631), El Salvador (Código de Familia, art.207), Paraguay (Código Civil, art. 70), España (Código Civil, art. 92); Francia (Código Civil, art. 372.2) e Italia (Código Civil, art. 155), por citar algunos. En esta misma línea, la ley 29.269 del Perú sancionada en el 2009, introdujo reformas sustanciales al Código de los Niños y Adolescentes, observando el texto actual del art. 81: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta per-

judicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

(26) Expresa el art. 224 del Código Civil en su primer párrafo: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (según ley 20.680 del 2013).

VIENE DE PÁGINA 5

plicamos. Es sabido que la gran mayoría de los casos de violencia familiar corresponden a situaciones de violencia de género. ¿A qué se debe este preocupante dato de la realidad? A los resabios de una cultura machista, en el que se esperan determinadas conductas, deberes o mandatos por parte de las mujeres, entre ellas, todo lo relativo al cuidado de los hijos. Educar en la igualdad real y legal, en el que se extinga la preferencia materna y el culpabilizar a las mujeres por no cumplir con ese “deber ser”, constituye un aporte fundamental del Código Civil y Comercial a esta lucha aún pendiente por la igualdad de género. ¿Cuál será el impacto de la coparentalidad como regla en la vida de los hijos? Aceptar la mayor flexibilidad, intercambio y complementariedad de los roles parentales es hábil, a largo plazo, para disminuir los casos de violencia de género, porque a los hombres educados en este contexto ni se les va a cruzar la idea de pretender o reclamar ciertos comportamientos de sumisión y servicio por parte de las mujeres, ya que éstos no han sido los principios sobre los cuales se han criado. Prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género es una deuda pendiente que sólo se puede saldar si se comprende la complejidad del problema y, a la par, se reconoce las virtudes y beneficios concretos que pueden aportar leyes de tal envergadura, como es el Código Civil y Comercial.

II.7. Las uniones convivenciales: ruptura y derechos mínimos (27)

El Código Civil y Comercial incorpora las “unionen convivenciales” y, de este modo,

reconoce un piso mínimo de derechos a las parejas que no se casan. ¿Por qué? Por varias razones; pero una de ellas, y de fuerte peso, es auspiciada por la perspectiva de género y el principio de realidad. El último censo de 2010 señala que del total de personas que viven en pareja, el 61,20% son matrimonios y el resto, 38,80% viven por fuera de un matrimonio; es decir, que casi 4 de 10 parejas son uniones no casadas. A su vez, en las provincias con mayor índice de necesidades básicas insatisfechas, como puede ser Formosa, ese porcentaje cambia, ya que hay más parejas no casadas (54,48%) que casadas (45,52%). ¿Esto qué significa? Que si un Código Civil se preocupa por proteger a los más débiles, era necesario regular un piso mínimo de derechos para las parejas no casadas que, además, son mayoría en los estratos sociales más bajos o desaventajados.

Apelándose una vez más al principio de realidad, en la práctica —tal como se comprueba con numerosas sentencias—, después de la ruptura de una unión convivencial, uno de los integrantes —por lo general las mujeres— queda en estado de total desprotección; ante el silencio legislativo, algunos jueces se “animan” a soluciones coyunturales, aun sin texto legal expreso; otros, por el contrario, sostienen que no pueden avanzar sin ley. En este campo de total discrecionalidad e inseguridad jurídica es necesario regular esta figura estableciendo de manera clara cuáles son los derechos que se tiene y cuáles no (siempre diferenciándose del matrimonio), para que las personas conozcan con antelación sus derechos y puedan decidir sobre la base de esta realidad legal. ¿Acaso quién no ha conocido alguna historia cercana de una mujer que estuvo en pareja durante muchí-

simos años y, al fallecer su pareja, no tiene derecho a absolutamente a nada ni a poder seguir por un tiempo en la vivienda que hasta ese momento habitaba con el fallecido, como si fuera una total desconocida? Una vez más, debe primar el principio de solidaridad familiar, porque las parejas no casadas también están incluidas en la “protección integral de la familia”, que recepta la Constitución Nacional en su art. 14 bis.

III. Conclusiones

Este panorama sobre algunas de las principales modificaciones que observa el Código Civil y Comercial a la luz de la obligada perspectiva de género da muestra no sólo de cuáles y cuántos son los avances logrados, sino también de su entidad e importancia. Sucede que el nuevo texto civil y comercial tiene una lógica interna fácil de ser desentrañada y que se funda en el juego e interacción entre los principios de igualdad y no discriminación, libertad, intimidad y autonomía personal. Principios todos ellos que se derivan de la doctrina internacional de los Derechos Humanos la que, de por sí, impone una mirada laica que se aleja de todo fundamentalismo religioso. Para lograr este objetivo, era obvio que los cambios en las relaciones de familia debían ser varios y de gran entidad y, a la par, verse auspiciados por la obligada perspectiva de género. En este sentido, una vez más, el Código Civil y Comercial reedita y actualiza la fuerte y clara tensión entre género y religión o, en palabras del citado Vaggione, entre conservadurismo, religión y política.

En definitiva, como bien lo ha expresado la jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la comisión de reforma

que elaboró el Anteproyecto —base o antecedente del nuevo Código—: “Las personas que hemos trabajado en el Proyecto hemos mirado lo que sucede a nuestro alrededor; hemos conservado todo lo bueno que el Derecho de Familia tiene en la Argentina, y hemos intentado cambiar los puntos que, en nuestra opinión, lejos de dar solución a los casos, complican el sistema jurídico. Los hicimos con el convencimiento de que no debemos permanecer detenidos en el tiempo, puesto que, en tal caso, corremos el riesgo de transformarnos en estatuas, a la manera de la mujer de Lot, quien en vez de mirar al futuro y hacia adelante, prefirió mirar al pasado y hacia atrás” (28).

La perspectiva de género ocupa un merecido lugar, de privilegio, en el nuevo Código Civil y Comercial. No hay duda alguna de que este texto tiene, y en buena hora, *cara de mujer*. ●

Cita on line: AR/DOC/160/2015

! MAS INFORMACIÓN

Roveda, Eduardo G.; Massano, María Alejandra, “Acciones de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. DFyP 2015 (febrero), 29.
Arianna, Carlos A.- Bertini, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión postcomunitaria. Liquidación y recomensas en el nuevo Código Civil y Comercial”. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 31.
Pellegrini, María Victoria, “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 75.

{ NOTAS }

(27) Se trata de otra incorporación que trae el Código Civil y Comercial y sobre la cual se ha escrito bastante en los últimos tiempos. Para conocer sobre esta figura recomendamos compulsar entre tantos otros: IGLESIAS, Mariana B., “Los derechos sucesorios del

conviviente”, *Revista de Derecho de Familia* nro. 60, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 221 y ss.; PELLEGRINI, María V., “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, JA 2012-II-1255; y DE LA TORRE, Natalia, “La unión convivencial en el Nue-

vo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia”, *Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación* (primera parte), diciembre, LaLey-Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 88 y ss.

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Introducción”, en Aída Kemelmajer de Carlucci - Marisa Herrera y Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 94.

↓ JURISPRUDENCIA

Caducidad de instancia

Ejecución fiscal. Consulta del expediente. Acto impulsorio

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: En una ejecución fiscal, la senten-

cia declaró operada la caducidad de instancia acusada por la demandada y desestimó el planteo de perención de la caducidad formulado por la actora. Apelado el decisorio por esta última, la Cámara lo confirmó.

Cabe confirmar la caducidad de instancia declarada en una ejecución fiscal, si desde la fecha en que operó el último acto de impulso no medió actividad útil para hacer avanzar el proceso, pues, si bien

la actora presentó escritos con el objeto de autorizar a diferentes personas para compulsar el expediente, lo cierto es que tales presentaciones carecen de índole impulsoria y que el proceso se mantuvo sin actividad hasta la fecha del acuse.

118.320 — CNFed. Contencioso administrativo, sala III, 23/09/2014. - GCBA c. En- Sistema Nacional de Medios Públicos SE s/ ejecución fiscal tributario.

Cita on line: AR/JUR/55405/2014

! COSTAS

Se imponen a la recurrente vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

↓ NOTA A FALLO

Efecto impulsor de los actos procesales

SUMARIO: I. Introducción. El caso. — II. La caducidad de instancia: Fundamentos y efectos. — III. Los actos de impulso. — IV. Pautas para analizar el efecto impulsor. — V. Solución del caso. Cierre.

Carlos E. Camps

I. Introducción. El caso

Con fecha 23 de septiembre de 2014, la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, en los autos “GCBA c/ EN - Sistema Nacional de Medios Públicos S.E. s/ ejecución fiscal tributarios” dictó sentencia

confirmando la de primera instancia que, a su turno, había declarado —en lo que a este trabajo interesa— operada la caducidad de la instancia acusada por la parte demandada.

La actora apelante, en los fundamentos del recurso ordinario, además de exponer el

agravio que le causa la medida dispuesta y señalar el carácter restrictivo con el que debe considerarse la configuración del instituto de marras, insiste en que desplegó permanentemente actividad de impulso. Concretamente, cuestiona que se tome como último acto idóneo con ese efecto la presentación de un oficio a confronte —a la postre, observado por el juzgado— cuando luego de ello introdujo otros dos escritos, oportunamente proveídos.

Niega que haya existido desinterés alguno en el avance del proceso incoado.

El tribunal de segunda instancia, para rechazar la apelación, consideró que los dos escritos a los que alude el recurrente tuvieron por objeto “autorizar a diferentes personas para ‘... compulsar el expediente, retirar el expediente, copias, efectuar desgloses, y demás actos que se necesiten para la tramitación del presente’”. Y si bien la actora intentó sostener que tales autorizaciones tenían por objeto el retiro del oficio observado a los fines de confeccionar uno nuevo y así efectivizar la

intimación ordenada previamente, la Cámara entendió que carecían —por sí solos— de efecto impulsor (1) en los siguientes términos: “En este sentido, cabe destacar que la autorización formulada por el letrado de la parte actora a una persona para que realice algunas diligencias en la causa, no es eficaz para interrumpir el plazo de la perención, toda vez que no revise el carácter de acto procesal necesario para impulsar el procedimiento, en tanto es para comodidad de la parte autorizante”.

El caso nos ubica frente a la ardua —y muy frecuente— tarea de delimitar el ámbito de los actos procesales de impulso —los que impiden que se configure la caducidad de la instancia—, separándolos de aquellos que también tienen lugar dentro del trámite judicial pero carecen de tal efecto.

II. La caducidad de instancia: Fundamentos y efectos

El proceso es el marco en el que las partes asistidas por sus letrados despliegan la actividad específica destinada a que sus respectivas pretensiones —tanto la de quien requiere como la de quien se opone al requerimiento, ora principal, ora accesorio— prosperen. En este laxo concepto de proceso caben una infinidad de actuaciones, de muy diversa índole y efectos.

A los fines que aquí importan, habremos de rescatar los actos que —partiendo de la vigencia del principio dispositivo— permiten a los litigantes hacer avanzar el trámite hasta su final natural: la sentencia de mérito.

Es sabido que el orden normativo no tolera la persistencia inútil en el tiempo de procesos estancados. Ello no favorece a la paz social al impedir que se disuelva un conflicto intersubjetivo y, en el caso concreto de aquél contra quien se ejercita una determinada pretensión, perjudica a un sujeto que se ve sometido *sine die* a un enjuiciamiento frenado, que no se mueve. Enseña Palacio que “sin perjuicio de las facultades conferidas al órgano judicial, la parte que da vida a un proceso (o a una de sus etapas o instancias incidentales) debe asumir la carga de urgir su desenvolvimiento y decisión, porque de lo contrario expone a la otra parte a la pérdida de tiempo y de dinero que implica una instancia indefinidamente abierta e impone a los órganos judiciales una actitud de incierta expectativa con respecto a los deberes que les conciernen” (2). Y agrega —en términos que evidencian su formación egológica—, “el fundamento [de la caducidad o perención de la instancia] radica en la necesidad de evitar la duración indeterminada de los procesos judiciales. Desde el punto de vista axiológico, en la base de la institución analizada resulta fácil comprobar la prevalencia de los valores

jurídicos de paz y de seguridad jurídica, ya que, como es obvio, la solución indefinida del conflicto que motiva el proceso importa la permanencia de dos situaciones reñidas con aquéllos como son, respectivamente, la discordia y la inseguridad” (3).

Sistematizando estos argumentos, hemos señalado (4) que la caducidad de la instancia viene a encontrar justificación en tres planos:

a) El procesal, al permitir la liberación de los sujetos pasivos de la pretensión —ya sea principal o secundaria, en forma total o parcial— de los reclamos dirigidos en su contra mediante un determinado trámite. Este efecto conlleva la sanción de la inactividad del sujeto activo que se verá privado de poder continuar con el debate ya iniciado o, en el peor de los casos, de reeditararlo por la pérdida del derecho de fondo a partir de lo previsto en el art. 3987 del Cód. Civil (5);

b) El social, al evitar la “pendencia indefinida de litigios” (6), circunstancia ésta que no contribuye al orden y la paz en el seno de la comunidad y

c) El estatal, al hacer que se reduzca la masa litigiosa que se encuentra estancada en los tribunales por inacción de las partes, evitándose así la acumulación de juicios “inmóviles” con las consecuencias disvaliosas para el debido servicio de justicia que ello acarrea (7).

En la base de la preclusión se encuentra el mismo fundamento de la prescripción. En ambos casos el orden jurídico pretende la vigencia del valor seguridad para la sociedad cuya conducta regula. Y con ese objetivo exige activo compromiso tanto respecto del efectivo ejercicio de los derechos como en relación con el cumplimiento de las cargas procesales que permita una rápida finalización de los conflictos judiciales. En los dos supuestos, la indolencia o el abandono durante determinado tiempo son sancionados con pérdida de derechos —en el primer caso— y de facultades procesales —en el segundo, aunque en ciertos casos también puede acarrear pérdida de derechos, como veremos—.

Situados en el contexto de lo procesal, estos perjuicios respecto del propio interés pueden tener diversos alcances. La caducidad de la instancia importa la pérdida de la posibilidad de seguir adelante con el proceso iniciado, sanción con la que carga aquel que no contribuyó a su avance durante cierto tiempo y por lo cual deberá soportar los gastos del juicio.

La caducidad de instancia tiene —en principio— sólo efectos procesales. Esto es, las partes pueden renovar las cuestiones en otro

pleito. Sin embargo, puede darse que al finalizar el juicio de este modo, con él se haya consumido todo el plazo de prescripción del derecho de fondo.

Ello es lo que acontece en el caso del art. 3987 del Cód. Civil, donde se establece que la interrupción de la prescripción que operó con la demanda (“aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio”, conforme al art. 3986 del mismo digesto) se tendrá por no sucedida “si ha tenido lugar la deserción de la instancia según las disposiciones del Código de Procedimientos”.

Es aquí donde observamos cómo un efecto típicamente procesal repercute en el derecho de fondo. Y es éste el motivo por el cual la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha entendido que la sentencia de Cámara que confirma la declaración de caducidad de instancia no es definitiva a los fines de la admisibilidad de recursos extraordinarios —ya que en general no impide que el litigio se renueve en otro pleito— salvo el caso visto en el cual la caducidad de instancia “arrastra” la prescripción del derecho sustancial.

III. Los actos de impulso

La norma del art. 311, CPCCN, establece que los plazos previstos en la ley para que opere la caducidad de instancia corren desde el momento en que ocurrió el último acto procesal “que tenga por efecto impulsar el procedimiento”.

En esta escueta frase de la ley encontramos la única pauta para establecer en qué casos nos hallamos ante una actividad desplegada por las partes que impida la frustración y el cierre del proceso —y, en los casos extremos, la clausura de toda posibilidad de plantear nuevamente la pretensión ante los tribunales—. No encontramos, entonces, más elementos en la norma positiva para identificar a los actos que impiden la configuración de la caducidad de la instancia que su efecto: *impulsar el procedimiento* (8).

La jurisprudencia ha acompañado el concepto legal cuando se trata de caracterizar en general el acto de impulso. Y luego ha brindado ejemplos particularizados de actividad procesal con tal efecto en el caso concreto en el que estaban resolviendo. Ello ha permitido la conformación de un *vademécum* pretoriano de actos impulsores (9).

Observando el fenómeno desde el plano de la casuística, como acontece en muchas oportunidades en hipótesis como las presentes, existen supuestos donde tal finalidad —*impulsar el procedimiento*— es nítida en general.

Aparecen así actos que *por regla impulsan el proceso siempre* (la demanda, la notificación de la misma, el pedido de apertura a prueba, las medidas para producir prueba, el pedido de pronto despacho, la apelación de la sentencia, la presentación de la expresión de agravios, etc.) y, también, otros donde la regla es la opuesta, esto es, aquellos que *por lo general* carecen del mentado efecto. Entre estos últimos podemos ubicar el acto procesal sobre el que se construye el fallo que da motivo a estas reflexiones: una autorización de la parte o su letrado a un tercero para que pueda realizar actividad procesal en el expediente.

Tales categorizaciones efectuadas por la jurisprudencia y debidamente sistematizadas e informadas a la comunidad jurídica por las publicaciones especializadas se construyen sobre la base de procesos concretos, en el marco de los cuales y frente a las particularidades del trámite, un magistrado consideró que el acto en análisis no causaba el efecto legal (*impulsar el juicio hacia la sentencia*).

Entendemos que no podemos trasladar mecánicamente la calificación de acto de impulso (o, su contracara, el acto inidóneo para interrumpir el cómputo del plazo de caducidad de instancia) de un proceso a otro. Es imprescindible analizar el contexto del trámite en el que se despliega la actividad de las partes. Una misma conducta, el mismo tipo de acto procesal en un trámite puede tener el efecto de impulsar y en otro, carecer del mismo. Las circunstancias por las que el mismo acto puede tener diferente efecto en uno y otro continente procesal son varias: aplicación de normativa diferente o específica (10), previa adopción de medidas ordenatorias por el órgano (11), etc. (12).

Por eso, consideramos que la determinación del efecto impulsor de un determinado y concreto acto procesal debe ser hecha necesariamente dentro del marco del juicio en el que tuvo lugar.

Por supuesto que son útiles las reglas generales, pero no pueden ser las que definan la solución, ya que —insistimos— un mismo acto que por regla posee ese efecto, quizás no lo haya tenido en el caso bajo análisis. Y viceversa.

IV. Pautas para analizar el efecto impulsor

Enfrentado, entonces, el operador (juez, letrado de parte, etc.) a un cierto acto procesal y situado en la tarea de establecer si posee o carece de efecto impulsor, creemos que podrá resultar de utilidad el siguiente orden de análisis.

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Puede leerse en obras de derecho el término “impulsorio”, sin embargo el mismo no existe en el Diccionario de la Real Academia Española. Si bien consideramos que ello no es óbice para el uso de un vocablo que integraría el lenguaje técnico-jurídico y que, por otro lado, no entorpece la comunicación —todos entendemos a qué se refiere—, aquí usaremos en su reemplazo la expresión “impulsor” o “impulsora” (RAE: Del lat. *impulsor*, —oris; 1. adj. Que impulsa. U. t. c. s. Ver www.rae.es).

(2) PALACIO, Lino E., “Derecho procesal civil”, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p.164.

(3) PALACIO, Lino E., “Derecho procesal...”, cit., p.164.

(4) CAMPS, Carlos E., “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado, comentado y concordado”. Segunda edición aumentada, corregida y actualizada, t. II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps.942 a 943.

(5) “Art. 3987.— La interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si

el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de procedimientos, o si el demandado es absuelto definitivamente”. El nuevo Código Civil y Comercial prevé algo equivalente en su art. 2547: “Los efectos interruptivos del curso de la prescripción permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal. La interrupción del curso de la prescripción se tiene por no sucedida si se desiste del proceso o caduca la instancia”.

(6) SOSA, Toribio E., “Caducidad de instancia”, LaLey, Buenos Aires, 2005, p.1.

(7) Hace ya mucho tiempo, Colombo señalaba: “No debe confundirse el proceso con el expediente en que los actos procesales quedan reunidos y escritos. No satisface una correcta administración de justicia una solución que disminuya el número de expedientes actualmente en trámite pero duplica los procesos y deja sin resolver la controversia. (...) Como la ley quiere evitar la prolongación indefinida de los juicios, ante la inactividad prolongada llega a presumir no sólo que esa

parte ha perdido interés en la tramitación de la contienda sino que la contraria participa del mismo desinterés; si, además, el tribunal queda aliviado, mejor”. COLOMBO, Carlos J., “Caducidad de instancia de pleno derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, ps. 57-59.

(8) La situación es especialmente trascendente en el marco de regulaciones procesales como las del código de rito nacional, que no contemplan una expresa intimación a la parte para que active el proceso en forma previa a la declaración de la perención como sí lo regula el Código de la Provincia de Buenos Aires en su art. 315 (luego de la reforma de la ley 12.357), sistema —este último— al que el profesor Falcón considera más ventajoso. FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado - Concordado - Anotado”, t. III, Segunda edición, Lexis-Nexis-AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p.646, nota 1443.

(9) Ver una prolija reseña en FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial...”, cit., ps.666 a 677.

(10) Por dar un ejemplo burdo, la presentación de un alegato de bien probado en los procesos que contemplan

esa posibilidad constituye un acto de impulso. El mismo acto en un proceso que no lo admite, carece de ese efecto.

(11) Utilizando el caso en comentario, si aquí la autorización a terceros para actuar en el expediente hubiera sido presentada a partir de una expresa intimación dispuesta por el órgano en el marco de sus poderes ordenatorios (v. gr., por considerar el juez que ello era necesario “para evitar o sanear nulidades”, conf. art. 34, inc. 5, CPCCN) entendemos que difícilmente se le habría podido negar el efecto impulsor.

(12) Incluso pueden incidir en ciertos casos, prácticas indebidas —pero existentes— como las que señala Falcón: “De la misma manera, funciones que deben cumplir los tribunales no son cumplidas y se le impone a la parte la carga de activar una tarea que debe hacerse de oficio, como muestra el plenario de Paz que se cita en 310.4, respecto de la sentencia inapelable no notificada (pues la notificación debe cumplirse por el tribunal, art. 485, CPCCN)”. FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial...”, cit., p.646.

● VIENE DE PÁGINA 7

Como primer elemento a considerar, digamos que actos impulsores que mantienen vivo el proceso sólo son los judiciales, esto es, aquellos que se realizan en el expediente o de los cuales se deja constancia formal en éste. Si bien ello puede parecer una obviedad, encontramos jurisprudencia que ha tenido que resolver planteos sobre esta puntual cuestión, ratificando ese criterio (13).

Un segundo paso en esta senda será acudir a las categorizaciones de la jurisprudencia a las que aludimos más arriba. Si bien, como ya señalamos, no podrá ser ésta la pauta definitoria, no podemos desconocer la utilidad de este laboreo pretoriano a los fines de aproximarse a la solución. La casuística resulta ilustrativa, aunque no siempre permita construir reglas generales de hermenéutica teniendo en cuenta que muchas veces las posiciones de los magistrados no resultan coincidentes. Así —y sólo a guisa de ejemplo— pueden citarse como actuaciones que han sido consideradas no interruptivas del curso de la caducidad el escrito de búsqueda de expediente, la revocación de un mandato, el pedido de expedición de copias, las peticiones de medidas cautelares y del beneficio de litigar sin gastos, la actividad realizada fuera de la causa —como vimos—, etc.

Si encontramos que el acto procesal en cuestión ha sido *calificado* en un precedente como idóneo para impulsar el proceso (o, por el contrario, se lo ha considerado carente del tan mentado efecto impulsor) ya contamos con una pauta importante en la solución para el caso.

Pero falta un control final —y determinante—.

Con un acto procesal judicial calificado *in genere* como impulsor (o no impulsor) del trámite, corresponde ahondar en el contexto en el que el mismo tuvo lugar. Se impone analizar —como se dijera— si no hay en el caso bajo estudio una norma especial —legal, reglamentaria o, incluso, consuetudinaria— que le otorgue (o niegue, en su caso) el mentado efecto o si tal efecto proviene de la forma en que fuera emplazado a actuar su autor por el órgano judicial o por la práctica tribunalal.

{ NOTAS }

(13) “Lo actuado fuera del expediente, ya sea en otra causa o en tratativas extrajudiciales, resulta irrelevante a los fines de interrumpir el curso de la caducidad, por arduas que hayan resultado esas gestiones o aun provechosas para la parte patrocinada. El ordenamiento declara operada la caducidad —que el juzgador puede decretar incluso de oficio— cuando han transcurrido los plazos que establece sin que se produjeran actuaciones de las partes o del tribunal que tuvieren por efecto impulsar el procedimiento, y tales actuaciones, resulta obvio, sólo pueden ser cumplidas dentro de la causa, pues de otro modo no pueden resultar impulsorias (arts. 310, 311 y 316, CPCC)” (CCiv. y Com. San Martín, sala 2ª, 15/9/1999, “Facchin, Serena c/ Cresente, Irineo E. y otra s/escrituración”).

(14) Conf. FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial...”, cit., p. 666.

(15) FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial...”, cit. p. 647. Y luego agrega: “la línea general de la jurisprudencia, también ha marcado algunos conceptos que se tienen en cuenta respecto de los actos impulsores que de modo objetivo se dirigen más allá de la voluntad de instar, impulsar o mantener vivo el proceso; a modificarlo o efectivamente innovar algo sustancial; es decir, al desenvolvimiento de la relación procesal. Estos actos requieren dos elementos fundamentales: a) Aptitud y b) Idoneidad. Y estas dos características significan

Sólo luego de este estudio se podrá concluir —consideramos— adecuadamente respecto de la virtualidad (o no) de un determinado acto para interrumpir el curso de la caducidad de instancia. Estudio en el que la duda habrá de jugar a favor de la aptitud impulsora (14).

Como se observa, nos enrolamos en la posición que sostiene que la voluntad de mantener vivo el proceso debe expresarse dentro del proceso y adecuadamente en el marco de las pautas regulatorias propias de un trámite determinado. No basta con la sola voluntad o intención de que el juicio llegue a la sentencia (o resolución formal). Es preciso que ello sea oportuna y adecuadamente expresado en el trámite judicial con actos que objetivamente tengan ese efecto según las pautas que en cada caso lo gobiernen.

Como explica Falcón, “la existencia de actividad procesal no es suficiente para mantener vivo el proceso, pues es necesario que aquélla haga avanzar la causa cumpliendo los diferentes estadios que integran su contenido para que adquiera su completo desarrollo” (15).

Un muy interesante contrapunto al respecto —por la altísima calidad de los juristas involucrados— se suscitó hace muchos años entre Amílcar A. Mercader —uno de los procesalistas más admirados por el maestro Augusto M. Morello— y J. Ramiro Podetti, respecto del mismo tema —aunque sobre la base de textos legales ya no vigentes—. La mayoría de sus argumentaciones siguen hoy siendo de utilidad para abonar una u otra posición respecto de la fuerza impulsora de actos procesales (16).

V. Solución del caso. Cierre

Volviendo al fallo que da motivo a esta nota, aquí la Cámara consideró carente de efecto impulsor a escritos por los que el letrado de la parte efectuaba autorizaciones para que otros letrados o sujetos a él vinculados llevaran adelante actos procesales.

Es decir: en este juicio ejecutivo la parte —su letrado— no realizó actos de impulso sino que autorizó a otros para que pudieran hacerlos. El tribunal entendió que a este acto no lo movió el interés de impulsar la causa

una petición de parte o un acto de oficio que impulsen el procedimiento para obtener un verdadero avance en el trámite, de manera tal que se innove en la situación precedente de las partes en función a su posición en el desarrollo del procedimiento. Así, considerando cada uno de los pasos del proceso, el impulso significa que el acto realizado por las partes o de oficio, permite pasar a otra circunstancia del proceso, que adelanta a la precedente, alejándola del acto inicial y acercándola, objetivamente, al acto final o resolución. Estos actos deben, también, ser proporcionados a las circunstancias y ajustarse al estadio procesal del juicio o de la causa y tiene eficacia interruptiva la presentación efectuada el mismo día en que el tribunal declaró la caducidad de la instancia. Por último, debe tenerse presente que los actos interruptivos deben surgir del mismo expediente, pero no se requiere que se trate de actuaciones firmes”. Código Procesal Civil y Comercial... cit., ps. 660 a 661.

(16) Se trata de los trabajos “Actos que interrumpen la perención” de MERCADER y “Actos interruptivos de la perención” de PODETTI, publicados —respectivamente— en JA, 1946-IV-27 y JA, 1946-IV-291 y reeditados en *Summa Procesal Civil: doctrina, legislación, jurisprudencia*, Carlos E. Camps —director—, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 1935 y 1963 —también respectivamente—.

sino la “comodidad de la parte autorizante”. No se impulsó la causa sino que se fijaron pautas para que un “delegado” pueda —en el futuro— actuar impulsando.

Frente a estas particularidades —que, como sostenemos, son imprescindibles para definir la suerte del efecto impulsor de un acto procesal determinado— podríamos, entonces, sostener que el acto procesal judicial que impulsa el trámite es aquél a través del cual la parte —por sí o por letrado— lo hace de modo directo y efectivo. Mientras que carece de tal efecto el acto procesal judicial “preparatorio” o que brinda las condiciones para que el acto impulsor tenga lugar. Se trata de actuaciones que buscan habilitar —*lato sensu*— a alguien a actuar en justicia. Es necesario que el autorizado, luego, actúe pi-

diendo o motorizando las medidas dispuestas a partir de sus peticiones.

No alcanzó, pues, con estos actos procesales *preliminares* o *preparatorios*, aun cuando se los realizara teniendo la firme intención de que se habrá luego de impulsar el proceso.

Impulsar el trámite es eso, *impulsarlo* —valga la perogrullada—. Es insuficiente para lograr este efecto el simple —y previo— hecho de habilitar (sea a uno mismo o a un tercero) para que luego el acto impulsor pueda tener lugar. ●

Cita on line: AR/DOC/377/2015

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 14, Secretaría Única, sito en Talcahuano 550, Piso 6º, Capital Federal, cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de JOSE BARREIRO GIL a los efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días en La Ley.

Ciudad de Buenos Aires, 10 de diciembre de 2014
Cecilia V. Caire, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 23/02/15

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de PURA ALVAREZ y ORLANDO STAROPOLI a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

Buenos Aires, 7 de octubre de 2014
Adrián E. Marturet, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 23/02/15

74581/2014 SANCHEZ, ADELMA MARIA s/ SUCESIÓN AB-INTESTATO El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ADELMA MARIA SANCHEZ, a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2014
Adrián E. Marturet, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 23/02/15

SAYAGO ANA ESHTER s/SUCESIÓN AB-INTESTATO Juzgado Nacional en lo Civil Nº 31, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de “ANA ESTHER SAYAGO” o “ANA ESHTER SAYAGO”. Publíquese por tres días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2012
María Cristina García, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 23/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 96, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de SUSANA ROSA MABEL ELUSTONDO, a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario “La Ley”.

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014
María Constanza Caeiro, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 23/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que SANCHEZ MESA RONALDO, nacido en Marianao, La Habana, Cuba, el 9 de enero de 1974, con D.N.I. Nº 94.893.946 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2014
Silvina A. Bracamonte, sec.
LALEY: I. 19/02/15 V. 19/02/15

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ANGELA VICTORIA

ALVAREZ a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 23 de diciembre de 2014
Adrián E. Marturet, sec.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 19, Secretaría Única, sito en la calle Talcahuano 550, Piso 6º de la CABA, a cargo del Dr. Pablo Trípoli, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de IRMA JACINTA COHEN, a los efectos de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el Diario “La Ley”.

Ciudad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014
María Belén Puebla, sec.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 34, a cargo de la Dra. Marialma Gabriela Berrino (Juez Interina), Secretaría Única, a cargo del Dr. Juan Chirichella, sito en la calle Uruguay 714, 5º Piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores del Sr. JUAN JOSÉ FABBRO, en los autos caratulados “FABBRO, JUAN JOSÉ s/SUCESIÓN AB-INTESTATO”. Publíquese por tres (3) días en el diario “La Ley”.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5 de diciembre de 2014
Juan Gabriel Chirichella, sec. int.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, número cuarenta y nueve de Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MILAN SPROC a estar a derecho. El presente edicto se publicará por el término de tres días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014
Viviana Silvia Torello, sec.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 90, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MERCEDES DELIA BERA y MAURICIO ELIAS PRILICK, a efectos de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario “La Ley”.

Buenos Aires, 29 de diciembre de 2014
Gustavo Alberto Alegre, sec.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 98, Secretaría Única, ubicada en la Avenida de los Inmigrantes 1950, 6º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de MARTHA BEATRIZ TRAVERSARO. Publíquese por 3 días (tres días) en “La Ley”.

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2014
Germán Augusto Degano, sec.
LALEY: I. 18/02/15 V. 20/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 1, Secretaría Única de esta Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JORGE

FELIX SALGADO. Publíquese por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2014
Cecilia Kandus, sec.
LALEY: I. 13/02/15 V. 19/02/15

86263/2014 FRAGOLA, AQUILES s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 2, Secretaría Única, en Talcahuano 490, 5º, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de AQUILES FRAGOLA. Publíquese por tres días en La Ley.

Buenos Aires, 23 de diciembre de 2014
Mónica Alejandra Bobbio, sec. int.
LALEY: I. 13/02/15 V. 19/02/15

72065/2014 LUPANO, ANA MARIA GABRIELA Y OTRO s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 3, Secretaría Única, cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ANA MARIA GABRIELA LUPANO Y RICARDO OSCAR FALCONE, a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por el término de tres días en el Boletín Oficial y en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 6 de noviembre de 2014
Ignacio Olazábal, sec. int.
LALEY: I. 13/02/15 V. 19/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 29, Secretaría Única, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de SEONNE MATILDE MARIA a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 25 de septiembre de 2014
Claudia Alicia Redondo, sec.
LALEY: I. 13/02/15 V. 19/02/15

70754/2014 TORCHIO, JOSE Y OTROS s/ SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 36, cita y emplaza a los herederos y acreedores de los Sres. TORCHIO JOSE, PELEGRINO ZULEMA y TORCHIO JULIO ANTONIO a los efectos de hacer valer sus derechos por el término de treinta días. Publíquese por tres días en La Ley.

Buenos Aires, 3 de noviembre de 2014
María del Carmen Boullón, sec.
LALEY: I. 13/02/15 V. 19/02/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 20, a cargo de la Dra. Ana Inés Sotomayor, Secretaría Única, a cargo del Dr. Juan Carlos Pasini, sito en Talcahuano 550, 6º piso, de la Ciudad de Buenos Aires, cita por el término de 30 días a herederos y acreedores de Don ANTONIO PERRUPATO, PABLO ROBERTO PERRUPATO, Doña MARÍA ROSA PRADA, Doña MÓNICA ELISABETH PERRUPATO, y Doña PATRICIA MÓNICA PERRUPATO, a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese edictos por tres días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 30 de octubre de 2014
Juan Carlos Pasini, sec.
LALEY: I. 11/02/15 V. 13/02/15