AUTORIDADES NACIONALES

|  |
| --- |
|  |
| IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LA EDUCACIÓN |
|  |
| Análisis de los artículos del nuevo Código Civil y Comercial que pueden impactar en la educación pública de la República Argentina |

AGOSTO DE 2015

**Autor: Dr. Guillermo E. G. Hassel**

Presidente

Dra. Cristina FERNÁNDEZ de KIRCHNER

Ministro de Educación

Prof. Alberto Estanislao SILEONI

AUTORIDADES PROVINCIALES

Gobernador

Dr. Maurice Fabián CLOSS

Ministerio de Cultura, Educación, Ciencia y Tecnología

Ministro Secretario

Ing. Luis A. JACOBO

Subsecretario de Educación

Sr. Dante Delfor Genessini

Servicio Provincial de Enseñanza Privada

Directora Ejecutiva

Lic. Liliam Sofía PRYTZ NILSSON

Directora General de Control Pedagógico

Lic. Yolanda Esther KRUCHOWSKI

Jefe departamento de Supervisión Pedagógica

Prof. Carlos Alberto Rey Leyes

Supervisores

Prof. Roberto Brítez

Prof. Graciela Campos de Peroni

Director General de Control de Gestión y Financiamiento

Prof. .Gustavo Javier LEZCANO

Directora de Administración

Contadora Fabiana Pérez

Asesor Jurídico y Administrativo

Doctor Guillermo Hassel

IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LA EDUCACIÓN

Análisis de los artículos del nuevo Código Civil y Comercial que pueden impactar en la educación pública de la República Argentina

**BREVE EXORDIO**

Se convirtió en ley el proyecto de unificación y actualización de los Códigos Civil y Comercial, que consta de 2.671 artículos dividido en seis libros. El primero está dedicado a la Persona Humana, Persona Jurídica, Bienes, Hechos y Actos Jurídicos y Transmisión de Derechos; los restantes se ocupan de Relaciones de Familia; Derechos Personales; Derechos Reales; Transmisión de Derechos a causa de muerte; y Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Hay, además, un anexo sobre Reformas al texto de la ley general de sociedades.

En esta parte de estos apuntes destinados a los institutos de educación pública de gestión privada, se desarrollan y analizan los artículos del nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia el primero de agosto de 2015 y que pueden tener impacto en la marcha de dichas instituciones.

Es claro que el presente se basa en las experiencias personales en el campo de esas organizaciones, así como también las diversas clases dictadas por los especialistas en el derecho argentino donde uno abreva permanentemente.

Deseo dejar en claro que mis pretensiones se limitan a dar pautas generales para el adecuado desarrollo institucional, sirviendo de apoyo a la extraordinaria labor que desempeñan todos los equipos del mencionado sector de la educación argentina.

**IMPACTO GLOBAL DEL NUEVO CÓDIGO**

Hace cinco años, por iniciativa del gobierno nacional se convocó a una comisión de 100 juristas, coordinados por Lorenzetti, por la jueza de la Corte Suprema Elena Highton de Nolasco y por la ex miembro del supremo tribunal mendocino Aída Kemelmajer de Carlucci. Luego de un año de discusiones, elaboraron un anteproyecto que en 2012 entregaron al Gobierno, que tras hacerle una serie de modificaciones, lo envió al Congreso de la Nación. Fue sometido a más de 15 audiencias públicas en todo el país, en las que se recibieron más de 1200 ponencias de referentes que quisieron opinar sobre los cambios que se venían. A partir del primero de agosto de 2015 los argentinos deben regirse por estas nuevas reglas, cuya síntesis fue publicada por diversos medios nacionales a partir de la consulta con los especialistas y que para información se reproducen las partes esenciales.

Comienzo de la Vida. Según el nuevo Código, la existencia comienza desde la concepción. Se eliminó el término "útero". Se considera que la vida empieza desde el encuentro fructífero entre el espermatozoide y el óvulo, dentro o fuera del seno materno. También se establece: "Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió".

Nombre y apellido. A la hora de inscribir a su hijo, los padres pueden ponerle hasta tres nombres. El texto ya no habla de padres sino de "vínculos filiales" y establece que nadie puede tener más de dos. Todos los hijos de una misma pareja deben llevar el mismo apellido o la integración compuesta de apellidos que lleva el primer hijo.

Alteraciones genéticas. Se prohíben las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas.

Hijos escuchados. Se reconoce el derecho de los hijos a ser escuchados, no sólo ante un juez, en procesos que los involucre. Los adolescentes, desde los 13 años deberán asentar su consentimiento para ciertos tratamientos médicos o para salir del país incluso con sus dos padres. Pueden hacerse por sí mismos estudios no invasivos. Los mayores de 16 podrán realizarse prácticas médicas invasivas sin consentimiento de sus padres. Los acuerdos que establezca la pareja, fuera de esta vía legal, carecerán de valor jurídico.

Formar pareja. Para casarse hay que tener 18 años y los conceptos de hombre o mujer se reemplazan por "contrayentes". Se incorpora al Código el matrimonio igualitario, con todos sus alcances.

Fin de la fidelidad. Desaparece el deber conyugal de fidelidad y el adulterio ya no existe como causa de divorcio. La pareja tampoco está obligada a convivir y desaparece el deber de "mutuo respeto". En cambio se deben asistencia y alimento.

Acuerdo pre y posnupcial. Al casarse se puede optar por compartir o no los bienes. La decisión se puede modificar una vez al año y debe certificarse ante escribano. Si eligen el régimen de separación de bienes, cada uno adquiere su patrimonio como si no estuviera casado. Optar por un régimen u otro puede tener implicancias patrimoniales en la cuestión impositiva. Los matrimonios ya constituidos antes de que entre a regir el nuevo Código deberán esperar un año para optar por un sistema de separación de bienes.

Acuerdo de convivencia. Los que no se casen pueden elegir por firmar un acuerdo con mayores alcances que el de los matrimonios. En caso de separación se puede puntualizar qué ocurre con la vivienda, qué tipo de educación tendrán los hijos y quién quedará al cuidado de ellos, qué sucederá con las mascotas y los bienes. También podrán fijar una recompensa o compensación en caso de que uno de los miembros ponga fin a la relación.

Sin acuerdo igual hay derechos. La ley reconoce derechos a las parejas aunque no certifiquen la convivencia ni firmen un acuerdo. No son derechos patrimoniales ni de herencia, sin embargo, en caso de ruptura o muerte, un juez puede decidir que la vivienda le corresponde temporalmente a uno de los dos, aunque no sea el titular, sobre todo si hay chicos, pero también si esa persona no tiene otro lugar donde vivir o si salió "perjudicada" por la decisión del otro de terminar la relación. Puede pedir una compensación o recompensa económica. Además, podría vivir en esa casa por un tiempo equivalente al que duró la relación.

Los miembros de la pareja deberán cumplir con la asistencia, el alimento y la protección a la vivienda definidos por la reforma. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.

Divorcio rápidos. Cambia la manera de divorciarse. Desaparecen los plazos y las causas. No habrá que demostrar ante un juez quién tuvo la culpa del fracaso matrimonial ni tampoco estarán obligados a hacer una terapia para recuperar la relación. Alcanzará con que uno de los dos decida romper la pareja. Para eso, deberá elaborar un plan y presentarlo ante el juez, proponiendo cómo se organizará la vida familiar desde entonces: los gastos, la vivienda, los hijos, las deudas, etcétera. La otra parte de la pareja podría enterarse de tal decisión, al recibir la notificación judicial.

Protección universal de la vivienda. Una persona casada o en unión convivencial no podrá vender ni alquilar la vivienda familiar sin el acuerdo de su cónyuge o pareja.

Vínculo con los hijos. Hay nuevos términos y criterios que se instalan con el nuevo Código. Desaparece el concepto de "tenencia" de los hijos y se reemplaza por el de "cuidado". Ya no se habla de "patria potestad", sino de responsabilidad parental. Tampoco de padre o madre sino de vínculo filial. No hay más un régimen de visita, sino un sistema de comunicación. Aparece el criterio de "voluntad procreacional", según el cual, la paternidad no se define por un vínculo biológico sino por la voluntad de tener un hijo.

Alquiler de vientre. El anteproyecto preveía y regulaba la maternidad subrogada. Finalmente ese artículo se excluyó.

Reproducción asistida. Si bien se estableció que es objeto de una ley específica, la 26.862, se introdujo el concepto de "voluntad procreacional" como elemento determinante de la filiación asistida, más allá de la filiación genética. Se establece que si una pareja no logra un embarazo y decide recurrir a la fertilización asistida, mediante la donación de óvulos o espermatozoides, la filiación no estará determinada por el material genético sino por la voluntad procreacional de la pareja. Cuando el hijo nazca será considerado hijo legítimo de la pareja, que no podrá impugnar la paternidad alegando razones genéticas.

Post mórtem. El anteproyecto preveía la posibilidad de que se realizara fertilización asistida luego del fallecimiento de alguno de los miembros de la pareja. Esto también se excluyó.

Origen biológico. Las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida tienen derecho a conocer su origen biológico. El centro médico deberá guardar un registro, al que el hijo podrá acceder mediante presentación judicial en la que certifique las razones por las que quiere conocer esa información.

Adopción. Los cambios en el Código debería significar una agilización en los procesos, ya que los jueces deberán resolver en un plazo máximo de nueve meses sobre la situación de los chicos que crecen sin cuidados parentales. En este tiempo deberán decidir si lo declara o no en estado de adoptabilidad. Si no es así, debería volver con su familia de origen. Pero si esto no fuera posible, por ejemplo porque persisten las situaciones por las que se lo alejó de su hogar, debe autorizarse su adoptabilidad. Por otra parte, sólo serán válidas las adopciones de aquellos que las hayan tramitado mediante la inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción. El nuevo Código Civil prohíbe que las entregas directas y las guardas de hecho terminen en una adopción.

Hijos afines. Se crea una figura que reconoce los derechos y las obligaciones de la pareja de la madre o del padre que tiene a cargo el cuidado de los hijos. El padre o la madre afín tendrá derecho a ser reconocido por ciertas instituciones. Como por ejemplo, en los colegios, o en los hospitales y sanatorios. Por otra parte, no podrá desentenderse de los alimentos y cuidado de ese hijo en caso de que finalice su relación con el progenitor. En todos estos casos, el vínculo del padre o madre afín se supeditará a la presencia o no del padre o madre real.

Padres con un plan. Los padres que decidan poner fin a su relación deberán establecer ante la Justicia un plan de parentalidad, un acuerdo que contemple las modalidades bajo las cuales desempeñarán el cuidado del hijo. Este plan puede establecer el lugar y tiempo en que el chico permanecerá con cada uno, las responsabilidades que asuman, las vacaciones, las fechas significativas con la familia y también todo lo referente a la comunicación entre el hijo y el padre con el que no vive. Para aprobar el plan, el juez deberá escuchar si los chicos están o no de acuerdo con esa propuesta, o propone algo distinto.

Fin del castigo físico. El nuevo Código prohíbe expresamente el castigo físico de los hijos en todas sus formas, algo que en cambio estaba contemplado por el Código anterior.

Fin de la existencia. La existencia de la persona termina por la muerte, establece el artículo 93. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos. También se establece que la ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por tres años permite presumir su muerte.

Herencia. El nuevo Código modifica el porcentaje de la legítima herencia, es decir que aumenta de un 20% a un 33,3% la proporción de la herencia que alguien puede dejar a otra persona o institución, sin importar la existencia de un vínculo familiar. Esto beneficiará, por ejemplo, a quienes no están casados, ya que la convivencia, certificada o no, no otorga derechos sucesorios.

Fideicomisos familiares. La nueva legislación facilita la creación de fideicomisos familiares, esto es fondos que se crean para ser administrados para un fin específico. Por ejemplo, alguien que tiene un hijo con alguna discapacidad, o padres mayores y quiere dejarles, además de la herencia, recursos para que vivan y no pasen alguna necesidad.

Declaración de incapacidad. La nueva legislación elimina el carácter permanente de la declaración de incapacidad. En cambio, será por un fin específico, como el de disponer de sus bienes, que se deberá renovar cada tres años. Y se incluye la posibilidad de que sea por factores psicológicos o por adicciones de distinto tipo, por ejemplo, al juego.

Muerte digna. En circunstancias de enfermedad irreversible o en estado terminal, se debe tener en cuenta la decisión de la persona de rechazar o aceptar procedimientos extraordinarios y desproporcionados en relación con las posibilidades de mejoría o que tenga por único efecto prolongar en ese estado terminal una vida en padecimiento.

Contrataciones. Se incorporan modernas formas de contratación a través de contratos como los de arbi-traje, agencia, concesión, franquicia, suministro, leasing, fideicomiso y los celebrados en bolsa o en mercado de valores, entre otros. Con ello se brinda mayor seguridad jurídica, dado que estos contratos se regulan expresamente y en forma sistematizada. Se regula el contrato de consumo y se introducen pautas de interpretación, tanto de las normas como de las disposiciones contractuales, que favorecen a los consumidores, así como el deber de trato digno y no discriminatorio y la defensa contra las prácticas abu-sivas por parte de quienes tienen una posición dominante en el mercado. Con ello se brinda mayor seguridad jurídica y se garantiza de mejor manera la defensa de los ciudadanos en tanto consumidores. Se prevén las sociedades de un solo socio. Nace la figura de la Sociedad Anónima Uni-personal. Esta facilita la asignación del patrimonio e incentiva las inversiones.

La propiedad horizontal constituye uno de los derechos reales regulados por el nuevo código. Sus disposiciones otorgan a la asamblea de propietarios mayores atribuciones. En este sentido, se establece la reducción de la mayoría exigida para la auto-convocatoria de la asamblea, con lo cual se la refuerza como órgano de deliberación y decisión. Asimismo, se limita a dos tercios la mayoría necesaria para modificar el reglamento de propiedad horizontal.

**ARTÍCULOS QUE PUEDEN TENER IMPACTO EN LA EDUCACIÓN**

Para analizar los artículos que pueden tener impacto en la educación, es importante previamente resumir los “aspectos valorativos” de la siguiente manera:

• Código con identidad cultural latinoamericana: mantiene aspectos esenciales de la tradición romana, hispánica y francesa, incorporando nociones propias de la cultura latinoamericana y criterios que se consideran comunes a la región.

• Constitucionalización del derecho privado. Establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, receptando los tratados y derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

• Código de la igualdad. Desarrolla la ética de los vulnerables y “… profundiza la igualdad de derechos consagrados en los últimos años mediante normas como la del “matrimonio igualitario” (Ley N° 26.618) o la de “Identidad de Género” (Ley N° 26.743).

• Código basado en un paradigma no discriminatorio. Incluye un sistema igualitario, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza.

• Código de los derechos individuales y colectivos. Da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina.

• Régimen de bienes más amplio. Incorpora bienes que, si bien no tienen valor económico, si tienen una utilidad, desarrollando un nuevo sistema de relación exclusiva entre los bienes y la persona, y los conflictos ambientales, considerándolos colectivos y no solamente de propiedad del Estado.

• Código para una sociedad multicultural. Regula situaciones propias de una sociedad pluralista, tanto de la vida personal como las de familia.

• Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Incorpora institutos modernos de la vida comercial, que se encontraban sin regulación o regulaciones parciales.

**ANÁLISIS DE LAS NORMAS**

**TÍTULO PRELIMINAR**

**ARTÍCULO 6º.- Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo.**

**El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.**

El modo de contar los intervalos es importante tener en consideración para establecer las pautas contractuales en los institutos educativos, pues interesa precisar cuál es el modo de contar los intervalos del derecho: a) Día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, siempre queda excluido el día desde el que se comienza a contar, o sea, el plazo comienza a correr al siguiente; b) Cuando los plazos están fijados en meses o años, ellos se computan de fecha a fecha. En el supuesto en que el mes del vencimiento no tuviera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes; c) Los plazos vencen a la hora 24 del día del vencimiento respectivo; d) El cómputo de los plazos civiles es de días completos y continuos y no se excluyen los días inhábiles o no laborables; e) Cuando los plazos están fijados en horas, comienzan a contarse desde una hora determinada, quedando esa hora excluida del cómputo, por lo cual el plazo comienza a correr desde la hora siguiente; f) Se mantiene el principio por el cual las partes tienen la libertad de contratar y, por lo tanto, a sujetarse a plazos cuyo modo de medir el tiempo sea el que elijan los contratantes, limitándose el Código a establecer reglas a los fines de resolver si la cuestión llegará a presentar discrepancias.

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

El Código Civil y Comercial mantiene la preocupación por el error de derechos, es decir, la ignorancia acerca de la existencia de una ley —en sentido amplio— como fundamento para exceptuar que una persona que incurra en un ilícito civil, sea pasible de una sanción o se le aplique una consecuencia negativa por acción u omisión.

Así, la ignorancia sobre las leyes no puede ser una excusa para cumplir una obligación, de allí que el título del articulado en comentario sea Principio de inexcusabilidad.

**ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pue-den dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.**

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

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

**ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:**

**a. derechos individuales;**

**b. derechos de incidencia colectiva.**

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

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

a. los derechos individuales: en este caso el interés es individual, lo que se proyecta en la legitimación, pues los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean varias las personas afectadas.

b. los derechos de incidencia colectiva: estos pueden ser invocados por sujetos que presentan un interés difuso, colectivo o público. En tal supuesto, el interés jurídico protegido es colectivo, por lo que existe una legitimación activa difusa.

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

Dado que una de las características del actual derecho privado es que presenta una fuerte vinculación con categorías tradicionalmente vinculadas con el derecho público, la clasificación resulta apropiada y acorde a los postulados de nuestro sistema constitucional.

En el segundo párrafo del artículo en análisis, se prevé un supuesto específico de ejercicio abusivo, referido a la afectación de intereses colectivos, como los relacionados con el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, de especial aplicación a los casos en los que, por ejemplo, una industria desarrolla su actividad con desprecio por el medio ambiente, generando contaminación perjudicial para las personas u otras especies del bio-sistema.

Es claro que en tales casos, el juez a quien le corresponda intervenir podrá adoptar las medidas y ejercer las funciones a las que hace referencia el artículo 10 (abuso del derecho).

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

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

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

a. los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio (arts. 15, 16, 225, 235 y ss. y 1882 y ss.);

b. los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano (art. 17);

c. los derechos de las comunidades sobre bienes comunitarios (art. 18); y

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

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

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

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

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

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos y adopta la tesis de la extra patrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa.

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

La Constitución Nacional establece como facultad del Congreso, en atribución de ejercicio concurrente con las provincias, la de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Estipula, también, que ninguna de esas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos, y asegura a los pueblos indígenas su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17 CN).

La norma contenida en el art. 18 Código Civil y Comercial actúa como un dispositivo de la política legislativa impuesta por la norma constitucional citada, destinada a generar medidas que doten a los integrantes de las comunidades indígenas de recursos básicos suficientes e idóneos como para superar las asimetrías estructurales que padecen, incorporando previsiones especiales con relación a su régimen tuitivo especial en el cuerpo normativo que rige las relaciones de todos los habitantes del país con los derechos y los bienes de los que disponen para el desarrollo de sus vidas.

**LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL**

El nuevo Código Civil y Comercial se caracteriza por ser un Código de los derechos individuales y colectivos, debido a la constitucionalización del derecho privado que implica dejar de lado la división tajante entre derecho privado y derecho público.

Es que la protección a los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código se encuentra presente en diversas instancias. En primer lugar, en el título preliminar, el artículo 14 dispone que se reconozcan los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y que la ley no ampare el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecta el ambiente o derechos de incidencia colectiva en general.

Luego, en el libro I, título III, capítulo I, el artículo 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

En el libro III, tanto en el título III como en el título V se encuentran disposiciones específicas referidas a la protección de derechos de incidencia colectiva. Por un lado, - en el título III, capítulo II-, en referencia a la formación del consentimiento en los contratos de consumo, se regulan las prácticas abusivas y la publicidad ilícita, en relación a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados (art. 1096). El artículo 1102, por su parte, regula las acciones para el caso de la publicidad ilícita, y contempla la posibilidad de ejercer acciones de incidencia colectiva para cesar o rectificar la publicidad ilícita.

Por otro lado, el capítulo I del título V del mismo libro III contiene las normas referidas a la responsabilidad civil, y dentro de ellas, varias apuntan a la protección de los derechos de incidencia colectiva. Así, el deber de prevención y la acción preventiva de daños, si bien no se refieren exclusivamente a casos relativos a derechos de incidencia colectiva, sin duda tendrán un fuerte impacto en este campo – especialmente, en materia de protección del ambiente-.

**ARTÍCULO 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.**

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

El tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior: en los 18 años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es menor de edad.

El Código Civil y Comercial elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En dicho sistema, la edad de 14 años, piso del discernimiento para los actos lícitos (art. 921 CC), establecía dos rangos de menores de edad —carentes o titulares, respectivamente— de la posibilidad de ejercicio de actos jurídicos.

El Código Civil y Comercial mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario (art. 260), pero modifica su piso etario, estableciéndolo en los trece (13) años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento, “… el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales” (art. 261, inc. c). Este piso de los trece años es entonces la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes.

La incorporación de la categoría diferenciada “adolescente” en el Código Civil y Comercial no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

Así, por ejemplo, a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida (art. 26 Código Civil y Comercial); en los casos de conflicto de intereses con sus representantes legales naturales —padres— en los que corresponda la designación de tutor especial, si el menor de edad es adolescente puede actuar por sí, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de tutor especial, actuando entonces el joven con patrocinio letrado (art. 109, inc. a) Código Civil y Comercial); la facultad de iniciar una acción autónoma para conocer los orígenes (art. 596 Código Civil y Comercial) se concede en favor del adolescente, además del derecho de todo adoptado con edad y madurez suficiente para acceder a los expedientes administrativos y judiciales y a toda información registral relacionada con su adopción; el ejercicio de la responsabilidad parental en forma personal se reconoce en favor de los progenitores adolescentes (art. 644 Código Civil y Comercial); existe una presunción de autonomía del hijo adolescente para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677 Código Civil y Comercial); se le reconoce la facultad para iniciar juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (art. 678 Código Civil y Comercial); la posibilidad de actuar en juicio criminal cuando es acusado sin necesidad de autorización de sus padres ni judicial; igual facultad para reconocer hijos (art. 680 Código Civil y Comercial); entre otros.

**ARTÍCULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.**

**La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.**

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

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

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

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

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

Si analizamos el presente artículo en conjunto del Código, podemos concluir que la incapacidad no es un principio en el Código Civil y Comercial, por cuanto son las limitaciones o restricciones las que constituyen la excepción en el nuevo sistema (art. 22).

La permeabilidad de los requisitos exigidos en la norma comprende una amplitud de su-puestos que pueden ser incluidos en esta suerte de “cláusula de capacidad creciente o abierta”, de la mano del principio de autonomía progresiva de rango constitucional que clarifica que las facultades y derechos reconocidos a los progenitores guardan relación con el objetivo de orientar y posibilitar el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad.

La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir.

Así, iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —por ejemplo, preservativos— no la presenta para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética.

Teniendo en consideración que este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes legales, la norma brinda respuesta a través de la facultad del niño, niña o adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada.

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del niño, niña o adolescente de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre.

Esta exigencia surge ya de la previa ley 26.061 como recaudo integrante del concepto de interés superior el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad” como también “... a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”.

También la Convención de los Derechos de los Niños especifica que deben “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (...) “[en] todos los ámbitos (…) estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”

Debe remarcarse que la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc.

***Capacidad progresiva***

*La aprobación de la Convención de los Derechos de los Niños (CDN) constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”.*

*En el ámbito de su familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derecho en la relación paterno-filial de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de represión y control ilimitados por parte de sus padres. Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.*

*En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 conforma el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN), la Ley de Infancia 26.061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva, como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional, no está contemplada.*

*El Código nuevo ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. Se recepta la ley 26.579 que entró en vigencia el 31/12/2009, y estableció la mayoría de edad en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 CCyC). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas entre 13 y 18 años). El menor de edad puede ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez y, por supuesto, recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona (art. 26).*

*Cabe destacar que el Proyecto incorpora la figura del abogado del niño, la que ha sido largamente debatida por doctrina y jurisprudencia y reconocida expresamente en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061. El art. 26 CCyC dispone que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, y en situaciones de conflicto de interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.*

*El trabajo de décadas respecto a la participación del niño en las situaciones en las que se encuentren en juego sus derechos se ve reflejado también en el instituto de la adopción. El niño que cuenta con edad y grado de madurez es parte respecto de la declaración de su situación de adoptabilidad (art. 608), al que comparecerá con asistencia letrada, y en el juicio de su adopción (art. 617, inc. a) en el que también contará con asistencia letrada. Además, el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso en su juicio de adopción (art. 617, inc. c). Por último, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo (art. 596). (Fuente: INFOJUS)*

***El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial.***

*Aída Kemelmajer de Carlucci*

*El presente trabajo tiene por finalidad presentar los posibles cruces entre el principio de autonomía progresiva y la nueva legislación civil y comercial; es decir, enumerar, sin pretensiones de agotar todas las situaciones posibles, qué actos pueden realizar las personas menores de edad: a) por sí solas, b) con el asentimiento de uno de sus progenitores, c) con el de ambos y d) en su defecto, dada la subsidiariedad de la injerencia estatal, con la intervención del Ministerio Público, de conformidad con las facultades otorgadas en el ámbito extrajudicial o judicial por el art. 103 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC).*

*En la nueva etapa inaugurada el 01/08/2015, nos proponemos colaborar con la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan el ejercicio de ciertos actos, de mayor o menor trascendencia, que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes en el ámbito de los derechos personalísimos, del derecho de familia y del civil patrimonial.*

*Ciertamente, los debates interpretativos más encendidos pueden darse en el marco del art. 26 dedicado, precisamente, al “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” disponiéndose que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.*

*El gran abanico de actos que compromete el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes interpelado de manera constante por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión que compromete el campo de la bioética, obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, como tratamientos “invasivos” y “no invasivos” o que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.*

*Al respecto, cabe recordar que la protección del más débil es uno de los valores subyacentes en el CCyC; en variados supuestos, especialmente los que comprometen la salud de esas personas vulnerables, esa protección requiere autorizar a la persona menor de edad la realización de ese acto y evitar la judicialización.*

*Así, por ejemplo, solicitar la presencia de un progenitor para entregar un preservativo a un adolescente constituye una solución que atenta contra el reconocimiento del adolescente como sujeto de derecho, contra la satisfacción de su derecho a la salud y, a la par, configura una clara violación al principio de autonomía progresiva de raigambre constitucional y convencional (conf. Convención sobre los Derechos del Niño reafirmada en el ámbito nacional por la ley 26.061 y 25673 y su reglamentación (art. 4 del Decreto Nacional 1.282/2003) y una gran cantidad de legislaciones locales que han avanzado en el mismo sentido que lo hace el CCyC).*

*A fin de comprender con mayor precisión las razones por las cuales se arriban a las conclusiones que se vuelcan o explicitan en un cuadro sinóptico de fácil lectura, no se deben perder de vista los principios que rigen las relaciones entre padres e hijos en el CCyC. En este sentido, la figura de la “responsabilidad parental” se edifica sobre la base de los siguientes ejes señalados en el art. 639: “a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.*

*El entrecruzamiento central y general entre los arts. 26 y 638 se complementa con dos artículos que constituyen el nudo gordiano o columna vertebral de la regulación del derecho privado contemporáneo; nos referimos a los arts. 1 y 2, en especial, este último, referido a la “Interpretación”.*

*En el contexto de mayor complejidad y riqueza que muestra la legislación civil y comercial para estar a tono con el avance permanente de la ciencia y su impacto directo en la realidad social, también se deben tener presentes las legislaciones locales que se interesan por regular el ejercicio de derechos personalísimos relativos a la salud de personas menores de edad.*

*Al respecto, el interrogante gira en torno a cuál sería la regulación que cabría aplicar. Por ejemplo, en materia de cirugías estéticas no reparadoras, la ley 2541 de la Pampa sancionada en 2009, establece la obligatoriedad de realizar una evaluación psicofísica completa a todos los menores de 18 años a quienes se les practiquen cirugías del orden estético únicamente, por parte de cualquier profesional de salud. En cambio, la ley 8422 de La Rioja del 2008 y la ley 5927 de Corrientes de 2009 prohíben la promoción de prácticas médicas de implante y/o cirugías estéticas a personas menores de edad.*

*Otro ejemplo claro se observa en el tratamiento legal de las prácticas de tatuajes y colocación de piercings. La ley 7635 de San Juan del 2005 dispone en su art. 4: “La práctica de tatuajes sobre la piel y la colocación de piercing no podrá efectuarse en menores de dieciocho (18) años de edad, sin la autorización previa de los padres y/o tutores”. Aquí se habla en plural de “padres” por lo cual se necesitaría el consentimiento de ambos. ¿Esta normativa está a tono con lo dispuesto en el CCyC?*

*La respuesta a estos interrogantes no debe perder de vista las normativas internacionales que guiaron al CCyC. Adviértase que el art. 26 se refiere al “cuidado del propio cuerpo” y a la par, el equilibrio es la idea central que domina la Convención desde que tan contrario al ansiado “interés superior del niño” es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están.*

*Sobre las bases de estas normas, principios y consideraciones se ha elaborado un cuadro sinóptico en el que se contemplan, insistimos, de manera meramente enunciativa, algunos de los tantos actos que afectan de manera directa a niños, niñas y adolescentes, indicándose cuál sería la interpretación correcta a la luz de esos principios y reglas.*

**Inhabilitados**

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

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

Acorde el nuevo régimen implementado de restricciones a la capacidad, ya no procede la anterior alternativa de inhabilitación en relación a las personas disminuidas en sus facultades mentales que consignaba el art. 152 bis CC. Por un lado, no hay categorías médicas que califiquen a las personas como incapaces o inhábiles; por el otro, la permeabilidad y flexibilidad del régimen de restricciones posibilita respuestas a medida en el caso de las restricciones puntuales, que conservan la vigencia del principio de capacidad a excepción de los actos limitados o restringidos.

Tampoco procede la declaración de inhabilidad respecto de las personas con trastornos derivados del consumo de sustancias —“embriaguez habitual o uso de estupefacientes”, conforme el art. 152 bis CC—, pues la situación de la persona afectada por una adicción es también abrazada por el sistema general —art. 32 Código Civil y Comercial—. Así, la figura de la inhabilitación solo podía mantenerse para uno de los supuestos anteriormente incluidos en el régimen derogado: la situación del pródigo.

**Derechos y actos personalísimos**

**ARTÍCULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.**

La dignidad humana significa que un individuo siente respeto y se valora a sí mismo mientras es respetado y valorado por los demás.

Esto es precisamente lo que viene a contemplar y procura comprender el artículo tratado.

En definitiva, el Código Civil y Comercial incorpora la dignidad como fuente de todos los derechos. Esto implica un cambio en la concepción de la persona, atento a que ya no se habla de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana.

El artículo en análisis consagra la inviolabilidad de la persona humana. Esta amplia fórmula, por un lado, implica que la integridad de la persona esté expresamente tutelada en todas sus dimensiones, por otro lado, entraña intrínsecamente respeto por su autonomía y, consecuentemente, exige su consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos que esta contempla.

La inviolabilidad de la dignidad de la persona humana es una garantía que posibilita a todo el mundo, incluso a los interesados, el establecimiento de restricciones a su significado y alcance. La libertad y la dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que está fuera del mercado.

De esta manera, el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana impli-ca, además, consagrar a la persona como un fin en sí mismo proscribiendo todo trato utilitario.

Es coherente establecer que la propia persona es la que puede disponer del cuerpo y de sus partes integrantes para los fines mencionados, sobre la base del reconocimiento de la dignidad ínsita del art. 51 Código Civil y Comercial.

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

El art. 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a una serie de derechos que hacen a la dignidad personal. De esta manera, la dignidad y sus emanaciones o derivaciones, que en su caso lo constituye todo derecho personalísimo, son objeto de tutela, respeto y reconocimiento. El Código Civil y Comercial expresamente prevé que ante su lesión se puede reclamar prevención y reparación.

En lo que respecta a los derechos contemplados en el art. 52 no es taxativa, pues el texto comprende al menoscabo “de cualquier modo” de la “dignidad personal”. Todo menoscabo a la dignidad puede ser entonces objeto de prevención y reparación.

**Nombre**

**ARTÍCULO 62.- Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.**

La norma es categórica en punto a que el uso del prenombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana. Se acepta entonces que el nombre, por tratarse de una institución compleja, cumple una doble función ya que protege intereses individuales y sociales. Entre ellos:

a) es un atributo de la personalidad, y en ese sentido, al ser un elemento esencial, quien lo porta tiene derecho a usarlo y protegerlo de injerencias de terceros; y

b) es una institución de policía civil en la que tiene incumbencia el Estado para permitir la efectiva identificación de las personas dentro de la sociedad.

Sin desconocer ambas funciones, la doctrina es conteste en que el nombre es un derecho humano autónomo emparentado con el derecho a la identidad.

Según la doctrina, el nombre, que engloba al prenombre —nombre propio, nombre individual o nombre de pila— y al apellido, tiene las siguientes características: a) obligatoriedad: toda persona tiene —además del derecho— el deber de llevar un nombre; b) inmutabilidad o, con mayor precisión, estabilidad o fijeza: por principio, ninguna persona se encuentra facultada para cambiar su nombre excepto en aquellos supuestos contemplados por la ley; c) unidad: ningún sujeto puede tener más de un nombre; d) indisponibilidad: al ser un elemento de la personalidad se encuentra fuera del comercio, en consecuencia, nadie puede enajenar, ceder ni donar su nombre; e) irrenunciabilidad: de igual forma no se puede renunciar al nombre; y f) imprescriptibilidad: el nombre no se puede adquirir o perder por prescripción; empero, en determinadas circunstancias, habiéndolo utilizado durante un largo tiempo, el sujeto puede lograr, a través de una acción judicial, que se le reconozca en forma legal ese nombre.

**ARTÍCULO 63.- Reglas concernientes al prenombre. La elección del prenombre está su-jeta a las reglas siguientes:**

**a. corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas;**

**b. no pueden inscribirse más de tres prenombres, apellidos como prenombres, primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombres extravagantes;**

**c. pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.**

En primer término, indiscutiblemente, en ejercicio de la responsabilidad parental, ambos padres, o quienes ellos autorizan, son a los que les corresponde decidir qué prenombres portarán sus hijos. En caso que falte uno de ellos o tenga algún impedimento, la elección o autorización a un tercero recae sobre el otro. Se elimina el supuesto de ausencia que no difiere del de falta.

Tratándose de un acto tan relevante en la vida de las personas, la autorización debe cumplir con ciertos recaudos formales que permitan acreditar fehacientemente que quien concurre a inscribir al recién nacido se encuentra autorizado por el o los padres. Para imponerle determinado nombre, una autorización verbal es insuficiente.

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

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

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

Como principio general, la filiación determina el apellido. Ella puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, con las excepciones indicadas en el Código Civil y Comercial. Por su parte, la adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª del Capítulo 5.

La reforma más importante consiste en dejar de lado la diferencia existente entre los pro-genitores de un mismo sexo, quienes tenían el derecho de elegir el apellido de alguno de ellos, y los progenitores de distinto sexo, cuyos hijos siempre debían llevar el apellido paterno. Esta incompatibilidad dio lugar a diferentes pronunciamientos de inconstitucionalidad. Empero, la jurisprudencia no fue unánime. El Código Civil y Comercial culmina con la primacía del apellido paterno, privilegiando la autonomía de los progenitores, por cuya razón se permite para todos los hijos matrimoniales la elección del apellido de uno de los cónyuges y la adición del apellido del otro si ambos están de acuerdo.

Se establece como sistema de resolución de conflicto o falta de acuerdo el sorteo, a realizarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, favoreciendo la aleatoriedad ínsita en el azar una mayor igualdad de elección entre los progenitores.

Se mantiene el criterio de que una vez acordado —o impuesto por sorteo, si hubo desacuerdo— la determinación y orden de los apellidos del primer hijo, instaura el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos de hijos con igual filiación. La tendencia, como se advierte en la norma en análisis, es la opción voluntaria consistente en un mismo apellido de familia o apellido familiar; pudiendo radicar en el apellido paterno, en el apellido materno o en una mixtura de ambos apellidos de progenitores de uno u otro sexo.

A diferencia de lo que ocurre con la elección del prenombre, el derecho de los progenitores a la adición del apellido del otro no se encuentra restringido al momento de la inscripción. Su ejercicio les corresponde durante el lapso comprendido entre el acto de inscripción del hijo y hasta sus dieciocho años de edad.

En el régimen derogado, si el hijo deseaba llevar el apellido compuesto de aquel cónyuge del cual tuviera el primer apellido o el del otro cónyuge podía solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los 18 años, es decir, desde su mayoría de edad. En cambio, en el Código Civil y Comercial, el hijo que cuenta con edad y madurez suficiente, puede solicitar la agregación del apellido del otro progenitor. De este modo, se incorpora el principio de capacidad gradual de los niños y adolescentes, consagrado en el art. 12 CDN. En él se garantiza que los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio gozan del derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En síntesis, la agregación del apellido del otro progenitor puede ser realizada:

a) en forma concurrente por ambos progenitores en ejercicio de la responsabilidad paren-tal;

b) por el hijo mayor de edad; y

c) por el hijo menor de edad que tenga suficiente madurez.

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

La doctrina autoral enuncia dos supuestos en los que puede acontecer esta excepción:

1) cuando no se ha inscripto el nacimiento de una persona y ella es hija de padres desconocidos; y

2) cuando la persona posee una partida de nacimiento y el Oficial del Registro

Civil ha omitido consignar el apellido.

Dos características le son propias al supuesto en análisis: 1) la subsidiariedad: solo se recurre a este tipo de inscripción cuando quien carece de filiación no ha estado usando un apellido determinado; y 2) la provisionalidad: podrá solicitarse el reemplazo del apellido seleccionado por vía administrativa cuando queda establecida la real filiación de quien lo portaba, siempre que ello no suponga ir contra la identidad dinámica del interesado.

**Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad**

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

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

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

El Código Civil y Comercial simplifica la regulación referida a la prueba de dos hechos biológicos de suma relevancia, como lo son el nacimiento y la muerte. Es decir, el que hace a la existencia de la persona humana, ya que el nacimiento con vida permite consolidar los derechos y deberes que se encontraban latentes o pendientes a este hecho (art. 21 Código Civil y Comercial) y la muerte de la persona humana, hecho con el cual se extingue la persona humana y consigo, la personalidad jurídica.

**ARTÍCULO 101.- Enumeración. Son representantes:**

**a. de las personas por nacer, sus padres;**

**b. de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;**

**c. de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.**

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se inicia otra etapa en materia de Derecho de Familia. Con relación a la tutela (y curatela), han sido dos instituciones jurídico-sociales que han recibido el impacto de los paradigmas que este nuevo Código enarbola de manera concreta.

Sobre la tutela.

Se supera la noción de la tutela como la institución destinada a "gobernar la persona y los bienes del menor de edad "no sujeto a patria potestad, poniendo énfasis en una función de protección integral de la persona y bienes del niño, niña o adolescente que carezca de persona que ejerza la responsabilidad parental (art. 104)

Cobra vigencia aquí el paradigma de la infancia y adolescencia instalado a partir del dictado de la Convención de los Derechos del Niño (incorporado por la CN en art. 75 inc. 22 y 23), donde se concibe al niño, niña o adolescente como un sujeto de derechos, no como objeto de protección, con una función orientada hacia la promoción de su persona y autonomía progresiva, teniendo presente el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (según su edad y grado de madurez) y el interés superior del niño como criterio rector en toda decisión que lo atañe, todo ello con el respeto al derecho a la igualdad y no discriminación (art. 639).

El nuevo Código considera a la igualdad en términos reales y concretos, instalándose una verdadera ética de los vulnerables, promoviendo su autonomía. Se mantiene en la regulación de la tutela su concepción como institución subsidiaria dirigida a brindar protección al niño, niña o adolescente que carece de un adulto responsable que asuma su crianza (sean los padres o guardadores), cobrando vigencia ante la falta de éstos. En definitiva, se distinguen los siguientes fines de la tutela: a) Protección de la persona del niño, niña o adolescente en cuanto sujeto de derechos. b) Protección de los bienes del niño, niña o adolescente. c) Representación legal del niño, niña o adolescente.

Incorporación de la figura del guardador.

Puede el guardador (arts. 638, 640 y ss.) desempeñar el rol de tutor, siendo conferido ese rol por el juez que otorgó la guarda al mismo, si resulta más conveniente al interés superior del niño. De la misma manera, si la guarda recae por delegación de los titulares de la responsabilidad parental en un pariente, el juez que homologó esa delegación, puede otorgar funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas o adolescentes. Tendrán los guardadores, las funciones de protección, guía, cuidado y de representación legal de los mismos en cuestiones patrimoniales (art. 104 segundo párrafo). Se compatibiliza la guarda con la tutela, en la medida que resulte adecuada al interés superior del niño y según las circunstancias de cada caso.

Carácter conjunto de la tutela.

La tutela puede ser unipersonal (ejercida por una sola persona) o conjunta o compartida. Es decir: puede ser ejercida por una o más personas, siempre que responda al interés superior del niño (art. 105). Esta modificación es sustancial, comparada con el Código sustituido (art. 386). El ejercicio de la tutela puede ser desempeñado en forma conjunta por más de una persona si ello resulta más beneficioso para el niño, niña o adolescente y si esas personas constituyen y desempeñan un verdadero referente afectivo, formando parte de su centro de vida.

Se trata aquí de tener en cuenta justamente lo que mejor convenga al niño como sujeto de derechos, considerando la realidad en la que el mismo se desarrolla y desenvuelve, superando las viejas ideas de que sólo en cabeza de una sola persona la tutela podría ejercerse de manera más eficiente y mejor para la persona protegida. La jurisprudencia ya se había hecho eco de la necesidad de la tutela conjunta o compartida. Se considera aquí, lo que Kemelmajer de Carlucci denomina como "apertura al afecto como concepto jurídico": el derecho debe ser flexible y moverse en el ámbito de los afectos más que en el de los lazos biológicos o genéticos. La familia es un medio educativo que existe a condición de ser cotidianamente vivido. De esta manera se pueden incorporar aquellas personas que sean verdaderos referentes para el niño, niña o adolescente como tutores, más allá de los lazos familiares.

La Comisión de Reformas, en sus Fundamentos, expuso por otro lado claramente que "... si se trata de una figura que reemplaza las funciones que se derivan de la responsabilidad parental y ésta, en principio y en beneficio del niño, es ejercida por dos personas, la tutela debe seguir este mismo lineamiento, pudiendo ser ejercida de manera conjunta por dos personas...". 4.) Clases de tutela. Prohibiciones para ser tutor dativo. Se deroga la tutela legal, existiendo dos tipos de tutela: la otorgada por los padres (art. 106) y la tutela dativa (art. 107). Conforme el art. 106, cualquiera de los padres (que no esté privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental) puede nombrar tutor o tutores para sus hijos menores de edad. Se puede realizar mediante escritura pública o testamento.

El Código nuevo prevé también la posibilidad de que si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplicarán unas y otras en forma conjunta en la medida que sean compatibles. En caso de diferencias, el juez adoptará la que considere más conveniente para el interés del tutelado (art. 106 último párrafo). Advertimos el respeto por la autonomía de las disposiciones de los progenitores, en la medida que sean acordes con el interés superior del niño, guardando vigencia los arts. 638 y 639, con el art. 18 de la Convención de los Derechos del niño.

Se introduce también una modificación en cuanto a la figura del guardador: si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo designe tutor de sus hijos menores. Pero dicha designación, debe ser discernida por el juez que homologó la delegación, o el del centro de vida o a elección del pariente. Aquí el Código determina quién es el juez competente, dando tres opciones, evaluándose la que más convenga al interés del niño (por ejemplo generalmente el juez que tiene mayor inmediación con el sujeto protegido es el que estará en mejores condiciones de resolver el caso). En el caso de la elección del pariente, se entiende que se beneficiaría al mismo, futuro tutor, quien en definitiva es con quien vive el niño, niña o adolescente. Debemos tener presente que el discernimiento de la tutela (entendido como acto jurisdiccional en el que se pone al tutor en posesión del cargo y a partir del cual éste puede ejercer sus funciones y que sólo puede hacer el magistrado) es judicial (art. 112). Por otra parte, el art. 107 regula la tutela dativa, que es aquella que proviene de la prerrogativa que la ley confiere al juez para efectuar la designación de tutor según su prudente arbitrio. La misma procede: ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados. El juez otorgará la tutela a la persona más idónea para brindar la protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar su decisión. En la evaluación de la idoneidad del tutor o tutores, se tomarán en cuenta múltiples condiciones y circunstancias (no sólo económicas, laborales, sino afectivas, morales, sociales), teniendo en cuenta que la finalidad de la tutela es la de brindar protección en un sentido amplio, integral a la persona y bienes del niño, encontrándose en juego mucho más que cuestiones económicas, sino más bien estando implicado el desarrollo integral del niño, niña o adolescente como verdadero sujeto de derechos y la construcción de su proyecto de vida. El art. 108 regula las prohibiciones para ser tutor dativo, asegurando la imparcialidad del juez en la designación del tutor, evitando todo tipo de influencias sobre el mismo, y a la vez protegiendo al niño, niña o adolescente de eventuales abusos. Se incorpora como novedad que no se puede ser tutor de más de una persona salvo cuando se trata de hermanos menores de edad o cuando existan causas que así lo justifiquen.

Dicha decisión debe estar fundada razonablemente, priorizándose la integración familiar o centro de vida de los niños, niñas o adolescentes. 5.) Tutela especial. Intervención del adolescente. Carácter de sujeto de derechos. Previstos los casos de tutela especial en el art. 109, su enumeración es meramente enunciativa, existiendo otros supuestos en el nuevo Código, tal el regulado en el art. 678 (según el cual el juez puede autorizar al hijo adolescente a intervenir en un proceso con asistencia letrada, si uno o ambos progenitores se oponen a que el mismo inicie una acción civil contra un tercero. Ello, mediante previa audiencia con el oponente y el Ministerio Público). También según el art. 679, se establece que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. En un sentido coherente con el paradigma protectorio y de promoción y reconocimiento de derechos en un pie de igualdad y no discriminación, junto con la noción de capacidad progresiva, el art. 109 incs. a) y c) prevé que frente a un conflicto de intereses entre representados y sus representantes o entre distintas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, cuando se trate de adolescentes, pueden éstos actuar por sí, con asistencia letrada, pudiendo decidir el juez que no es necesaria la designación del tutor especial. Es decir, que es facultativo del juez (dice: "puede", no "debe”) decidir que no es necesario un tutor especial. Guardando relación con el reconocimiento de la ciudadanía juvenil y el carácter de sujeto de derechos (arts. 3, 5, 12, 13, 14, 15, 16, 18 CDN; ley nacional 26.061: arts. 3, 15, 19, 23, 24, 27), los adolescentes se erigen en protagonistas activos en un escenario jurídico, debiendo ser asistidos por letrados de su confianza, respetándose las garantías en los procedimientos. Así, por ejemplo, el art. 677 al referirse a la representación de los hijos menores como actores o demandados, dispone expresamente que "se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada". De esta manera, resulta clara la idea del codificador de resaltar la capacidad progresiva de los adolescentes para actuar en juicio, en forma autónoma, sin necesidad de acudir a la figura del tutor especial, limitándola a otros supuestos, prevaleciendo la noción de la autonomía progresiva. Cabe destacar que otra de las modificaciones que guarda relación con la noción de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes y el cambio de paradigma de la niñez instalado en la Convención de los derechos del niño, es la audiencia de los mismos en el acto del discernimiento (art.113).La aplicación y respeto del derecho a ser oído, a tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, son principios obligatorios para el juez, junto con el criterio marco del interés superior del niño. En ese sentido también el art. 117 expresamente dispone en torno al ejercicio de la tutela que quien ejerce la tutela es el representante legal del niño, niña o adolescente, en todas las cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez. Según el artículo 411 del código sustituido, todos los actos se ejecutaban por él y en su nombre sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad. Esta norma ya había sido superada por la aplicación de la Convención de los derechos del niño y normativa constitucional. El Código nuevo agrega también en los supuestos de designación de tutor especial, el inc. G) "cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda". Se incluye así una finalidad práctica y rápida frente a situaciones de urgencia y con la finalidad de protección de los sujetos vulnerables. 6.) Sobre la competencia. El art. 112 establece que para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida. Se modifica el criterio anterior (arts. 400, 401, 404 Código sustituido), teniendo en cuenta el criterio del interés superior del niño, al valorar su centro de vida como determinante para fijar la competencia.

La atribución de la competencia al juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tenga su centro de vida, contempla la normativa constitucional y nacional que considera su interés superior como un criterio o pauta fundamental para la toma de decisiones que lo atañen. El fundamento de la competencia del juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tenga fijado su centro de vida, radica en que es el que está en mejores condiciones para resolver las cuestiones atinentes al mismo, por proximidad e inmediatez (art. 706). 7.) Responsabilidad por daños. El art. 118 dispone que el tutor es responsable por los daños que causare al tutelado por su culpa, acción, u omisión en el ejercicio u en ocasión de sus funciones, pudiendo ser pedidas las providencias para remediarlo por parte del tutelado, sus parientes, el Ministerio Público .También puede el juez disponerlas de oficio. Vemos la existencia de un mayor rigor en el control y fijación de responsabilidad del tutor, con la finalidad de brindar la protección necesaria, integral al sujeto vulnerable, al tutelado. Si bien no existe en el nuevo código la exigencia de juramento al momento del discernimiento de la tutela, el control y recaudos en el desempeño de los tutores, constituyen factores que refuerzan la protección para las personas y bienes de los niños, niñas y adolescentes. 8.) Actos que requieren autorización judicial.

El art.121 enumera de manera ordenada (por oposición a la manera dispersa en la que estaban mencionados en el Código sustituido) los actos que requieren autorización judicial, considerando que dicha enumeración no es taxativa (9). 9.) Actos de administración. Se amplían también, en materia de administración, las facultades judiciales para autorizar inversiones seguras con los fondos del pupilo, una vez cubiertos los gastos de la tutela, fundados en dictámenes técnicos (arts. 123 a 127.) 10.) Rendición de cuentas. Teniendo en cuenta que se establece la tutela conjunta, se dispone en materia de rendición de cuentas, que dicha rendición sea individual y que su aprobación sólo liberara a quien dé cumplimiento a la misma (art. 130). 11.) Causas de terminación de la tutela. Atento estar previsto el ejercicio conjunto de la tutela, se dispone en el art. 135 inc. B) que en el caso de haber sido discernida la tutela a dos personas, la causa de terminación de una de ellas, no afecta a la otra. Esta debe mantenerse en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese por motivos fundados. B.) Sobre la curatela. Cabe destacar que en materia de curatela, se aplican las reglas de tutela, que no estén modificadas específicamente en la Sección 3° sobre Curatela (arts. 138 a 140). Respecto de la curatela, debemos señalar también la vigencia del paradigma protectorio del nuevo Código, donde resulta fundamental considerar la función de dicho instituto en el sentido brindar una protección integral a la persona protegida, desde un enfoque de derechos humanos, promoviendo su condición de sujeto de derechos y procurando su recuperación, con una integración en la vida social y jurídica. Ello, acorde con el "modelo social de la discapacidad". Receptado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptado por ley nacional 26.378, el nuevo Código es un Código de la igualdad, basado en un paradigma protectorio y no discriminatorio. Siendo el sujeto protegido en la curatela un mayor de edad incapaz, donde está en juego la imposibilidad de dirigir la marcha de sus negocios propios, como también su persona (Cifuentes), la función del curador, con un enfoque acorde con los derechos humanos, debe optimizar las condiciones de vida de la persona protegida, orientando su actividad hacia la recuperación. En ese sentido, las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas a ese fin (art. 138). La curatela puede ser ejercida en forma unipersonal o conjunta, según resulte lo más adecuado para la persona.

Según el art. 139 toda persona capaz puede designar mediante una directiva anticipada, quien ejercerá su curatela. Se tiene en cuenta aquí la ley 26.579 como también el art. 60 sobre directivas anticipadas, en el nuevo Código. También los padres pueden nombrar curadores y apoyos (10) de los hijos incapaces o con capacidad restringida (según los casos en que pueden designarles tutores). A falta de estas previsiones, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según idoneidad moral, económica y mayor aptitud. El nuevo Código incorpora aquí a la figura del conviviente, siendo un referente afectivo que integra la noción familiar, según las nuevas visiones en materia de Derecho de Familia. Por último, el art. 140 dispone que el curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste, pudiendo otorgarse por el juez, la guarda a un tercero, designándolo tutor de los hijos, para que lo represente en asuntos patrimoniales. Se compatibilizan aquí la coexistencia de diferentes figuras, como el curador, tutor y guardador.

**ARTÍCULO 111.- Obligados a denunciar. Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o éstos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente.**

**Tienen la misma obligación los oficiales públicos encargados del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y otros funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela.**

**El juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela.**

La norma pone en cabeza de los parientes con obligación alimentaria, y de los funcionarios públicos que conozcan la situación de ausencia de representante legal de un niño o adolescente, la obligación de denunciar dicha situación. Es claro el mandato legal en cuanto afirma la necesidad de los niños en contar con un representante que lo promueva en el ejercicio de sus derechos y peticione con él o para él aquello que sea más conveniente para sus intereses.

El Código Civil y Comercial amplía la obligación de denunciar hacia los guardadores o hacia aquellos en quienes se hubiere delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, incluidos, como se observa, a los progenitores afines. Además, son obligados a denunciar ante el juez competente los funcionarios públicos que conozcan la necesidad de proveerles la debida representación. Entendemos al respecto, que también están obligadas las autoridades escolares.

Se establece un plazo de 10 días desde que se conocieron las circunstancias para que los “obligados” lleven a cabo la denuncia ante el juez del lugar donde “las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (ley 26.061).

**ARTÍCULO 113.- Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:**

**a. oír previamente al niño, niña o adolescente;**

**b. tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;**

**c. decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.**

El Código Civil y Comercial otorga el rol central y protagónico al niño o adolescente. En el derogado, el tutor tomaba las decisiones sin atender a los deseos y opiniones del niño. El tutor tenía la exclusiva iniciativa para proponer y ejecutar aquellos actos que consideraba convenientes para el mejor ejercicio de la tutela. En este artículo, es el niño el que tiene que ser escuchado y cuyas manifestaciones tienen que ser tenidas en cuenta por el juez, según su edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio sobre las cuestiones que le atañen. De esta forma, se incorpora el principio de capacidad progresiva (art. 5° CDN).

**Personas Jurídicas**

El Título se inicia con una Parte General específica para sentar las normas generales que rigen el sistema, adoptando una regulación abierta en las posibilidades de las formas de asociación, por lo que se realiza “una enumeración de las personas jurídicas privadas basada en la legislación especial pero que debe dejarse abierta, ya que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa y por lo tanto otras normas legales pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes.”

Es por ello, que en la parte general se establecen las reglas generales aplicables a todas las personas jurídicas, considerando, a su vez, la conveniencia de incorporar las regulaciones de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y también las fundaciones. Por su parte, también se considera necesario legislar, además, una parte general sobre personas jurídicas privadas (sección 3°).

En esta Parte General se destaca: la definición de la persona jurídica, la atribución de la personalidad y la personalidad diferenciada con respecto a la de los miembros de la persona jurídica. Sin embargo en el código se contemplan otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder de negociación que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías.

Se incorpora al Código “la inoponibilidad de la personalidad” jurídica (art. 144), hasta ahora específica de la ley de sociedades comerciales, y lo hace a los fines de aplicar dicha regla a todas las personas jurídicas y no solo a las comerciales.

En la enumeración de las personas jurídicas, mantiene la existente pero agrega “otras, como personas jurídicas de derecho internacional público. La amplitud del artículo 148 se funda en que “sirve para contemplar a las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales (como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y diversas entidades profesionales).”

También se regula: el nombre; el domicilio y la sede social; el objeto como determinante de la capacidad de derecho de la persona; el patrimonio y su función no sólo de garantía de los derechos de terceros, sino de aptitud para el cumplimiento del objeto de la persona jurídica; la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades y, control con suficiente amplitud fundado en que “el control de legalidad debe ser separado de aquel de oportunidad, mérito o conveniencia que puede ser ejercido en la creación y funcionamiento de determinadas personas jurídicas cuyo objeto o forma de operar (p. ej., recurriendo al ahorro público) tienen repercusión sobre intereses públicos o generales de la comunidad.

Se incluye en la normativa general “otras normas comunes a cualquier tipo de persona jurídica, relativas a sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna, derechos individuales e inderogables de los miembros, causales de extinción o disolución y procedimiento de liquidación.”

Se incluye como personas jurídicas privadas (art. 148) a los consorcios de propietarios, cuestión siempre discutida con la ley 13.512 (Propiedad Horizontal), así como las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas.

**ARTÍCULO 145.- Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas.**

**ARTÍCULO 146.- Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas:**

**a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;**

**b. los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;**

**c. la Iglesia Católica.**

Si bien la regulación de las personas jurídicas públicas resulta ajena al derecho civil, dichas entidades intervienen en las relaciones jurídicas de derecho privado, debiendo el Código este fenómeno desde que pueden erigirse en posibles sujetos o parte de esos vínculos jurídicos.

**ARTÍCULO 147.- Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.**

El Estado se define como la realidad social y política integrada por un conjunto de hombres, con asiento en un determinado ámbito territorial, potestad soberana en lo interior, e independencia en sus relaciones internacionales.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico otorga al Estado una personalidad jurídica suficiente para obligarse y para adquirir derechos, tanto en sus relaciones con los individuos físicos como respecto de otras personas jurídicas.

**ARTÍCULO 148.- Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:**

**a. las sociedades;**

**b. las asociaciones civiles;**

**c. las simples asociaciones;**

**d. las fundaciones;**

**e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;**

**f. las mutuales;**

**g. las cooperativas;**

**h. el consorcio de propiedad horizontal;**

**i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.**

En este artículo se enumeran, de manera no taxativa, las personas jurídicas privadas, confiriéndole personalidad jurídica a entes que eran objeto de discusión doctrinaria y jurisprudencial, como es el caso del consorcio de propiedad horizontal.

**ARTÍCULO 149.- Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.**

Esto implica que no cambia el carácter privado de una persona jurídica el hecho de que el Estado tenga algún tipo de participación. Es decir, puede ocurrir que el Estado tome participación activa en empresas en cuyo desarrollo existe primordialmente un interés público, pero queda claro que el régimen jurídico aplicable a la entidad será de derecho privado (conforme a la normativa pertinente) y no de derecho público.

Sin perjuicio de lo expuesto, y si bien la participación estatal no transforma en público el carácter privado de la persona jurídica participada, ponderando el “interés público” comprometido en la participación estatal se le puede conferir – vía legal o estatutaria – derechos al propio Estado o, incluso, obligaciones diferenciadas.

**ARTÍCULO 150.- Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:**

**a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;**

**b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;**

**c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.**

**Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.**

Se establece entonces un orden de prelación, en la aplicación de principios y normativas, a las personas jurídicas privadas nacionales. Esto viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas. Como las personas jurídicas privadas son de diversa especie, en primer término serán de aplicación las normas imperativas del estatuto particular que la regule (por ejemplo, la Ley General de Sociedades, ley 19.550) o, en su defecto, las imperativas del propio Código Civil y Comercial. En segundo lugar, y en mérito a la libertad constitucional de asociación, la persona jurídica se regirá por las propias normas fundacionales. Asimismo, y con el mismo rango de prelación, será de aplicación el estatuto como verdadero acto voluntario el que, una vez autorizado estatalmente, se erige en norma jurídica fundamental que gobierna la entidad y bajo la cual están sometidos los miembros de la misma. Por último, serán de aplicación las leyes supletorias previstas en los estatutos especiales o en el propio Código Civil y Comercial. En cuanto a las personas jurídicas constituidas en el extranjero, el Código Civil y Comercial remite a la ley 19.550 que contienen verdaderas normas de derecho internacional privado.

**Asociaciones Civiles**

Se funda este Capítulo en el hecho del crecimiento del asociacionismo, lo cual hace necesario “determinar cuáles son las exigencias básicas de estas figuras legales a los fines de dar transparencia a su constitución y permitir el pleno ejercicio de las múltiples actividades a que pueden dar lugar”. Por lo que se regulan “las condiciones en cuanto a objetivos, regulación interna y disolución, particularmente (que se determine) el destino de los bienes en caso de disolución.” Por ello el Código debe incluir “un criterio general y básico para que los particulares puedan asociarse solidariamente y coparticipen en el cumplimiento de fines cada vez más variados.”, garantizando así la seguridad jurídica.

La Comisión Redactora explica que: “Las asociaciones civiles se caracterizan como personas jurídicas privadas que se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad, del que también participan y se benefician sus miembros. Requieren indispensablemente del aporte y sostenimiento de todos o parte de sus socios. No pueden ser la principal fuente de sus recursos la asistencia económica que reciban del Estado ni los aranceles que perciban por servicios específicos que presten a los socios, los cuales también deben ser efectivamente accesibles en igualdad de condiciones a la comunidad en general. Su existencia comienza con el acuerdo constitutivo otorgado en la forma escrita prescripta y según sean asociaciones civiles o simples asociaciones (más flexibles, con menores controles y mayores responsabilidades para sus miembros) requieren o no autorización estatal para funcionar.”

Con tal fundamento, se las reconoce como personas jurídicas, siendo su característica principal que **no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación**, y si por sus actividades hay resultado económico, este se debe aplicar a “la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquel.”

Las características de las asociaciones civiles son:

* debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común y no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.
* El acto constitutivo de la asociación civil debe ser otorgado por instrumento público y ser inscripto en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar.
* Los integrantes de la comisión directiva deben ser asociados.
* El estatuto puede prever que la designación de los integrantes del órgano de fiscalización recaiga en personas no asociadas. Sus integrantes no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación.
* Las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar y se encuentran sujetas a contralor permanente de la autoridad competente, nacional o local, según corresponda.
* La responsabilidad de los directivos se extingue por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria.
* Las asociaciones civiles se disuelven por las causales generales de disolución de las personas jurídicas privadas y también por la reducción de su cantidad de asociados a un número inferior al total de miembros titulares y suplentes de su comisión directiva y órgano de fiscalización, si dentro de los seis meses no se restablece ese mínimo.
* El liquidador debe ser designado por la asamblea extraordinaria y de acuerdo a lo establecido en el estatuto, excepto en casos especiales en que procede la designación judicial o por la autoridad de contralor. Se aplican supletoriamente las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente.

**Fundaciones**

Se incluyen normas basadas en la ley 19836, ajustadas al sistema general del Código, formando un plexo normativo inexistente en el Código Civil.

El sistema se caracteriza:

* Se deben constituir necesariamente por Instrumento público.
* Obtener autorización del Estado para funcionar.
* Patrimonio inicial que posibilite “razonablemente” el cumplimiento de sus fines, o se tenga la aptitud económica para ello.
* Plan de acción del primer trienio con su base presupuestaria e ir presentándolo por cada trienio al contralor.
* Responsabilidad solidaria de fundadores y administradores durante la etapa de gestación, cuyas deudas se pagan con posterioridad de las deudas individuales.
* Consejo de administración a cargo del gobierno y administración formada como mínimo por tres personas humanas.
* Tiene deber de información con el contralor y deber de colaboración con las reparticiones oficiales.
* Pueden ser creadas por disposición testamentaria, siendo el Ministerio Público, el que deba asegurar su cumplimiento, en forma coadyuvante con los herederos y albacea testamentario, si lo hubiere.

**Función de garantía**

**ARTÍCULO 242.- Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.**

**ARTÍCULO 243.- Bienes afectados directamente a un servicio público.**

**Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.**

El art. 242 consagra de forma expresa la función de garantía del patrimonio al disponer que “todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores”. Sin embargo, el art. 243 limita el poder de agresión cuando los bienes que integran la “garantía común” se encuentren afectados a un servicio público. De esta forma, el artículo establece que “si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”.

El Código, si bien no excluye estos bienes de la “garantía común”, es cierto que mengua las facultades de los acreedores, ya que ellos no las pueden hacer valer si con su ejercicio lesionan la prestación del servicio. Es más, entendemos que si el bien afectado es esencial a la prestación del servicio, aquel queda excluido, ya que con ello se evitaría un potencial mal mayor derivado de la misma falta del servicio público.

Se desprende una fuerte impronta social de la norma, ya que las necesidades de los ciudadanos —que son cubiertas a través de los distintos servicios públicos no pueden quedar insatisfechas en razón de los poderes de los acreedores. En otras palabras, la norma prioriza el interés social por sobre el interés individual.

En suma, no se trata de una protección especial dada a los bienes particulares en sí mismos sino en función de su afectación a la prestación de servicios necesarios para la sociedad en general.

**Contabilidad y estados contables**

**ARTÍCULO 320.- Obligados. Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.**

**Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.**

En primer lugar, se encuentran obligadas a llevar la contabilidad las personas jurídicas privadas. Según el art. 148 Código Civil y Comercial, son personas jurídicas privadas las sociedades; las asociaciones civiles; las simples asociaciones; las fundaciones; las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; las mutuales; las cooperativas; el consorcio de propiedad horizontal; toda otra contemplada en disposiciones de este Código Civil y Comercial o en otras leyes, y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

El Código Civil y Comercial innova en esta materia, porque extiende la obligación de llevar la contabilidad a toda persona jurídica de carácter privado, incluso las que no tienen fines de lucro. El art. 43 del Código de Comercio limitaba ese deber a todo comerciante.

Personas humanas

También tienen la obligación de llevar la contabilidad, las personas humanas que realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

El Código Civil y Comercial admite dos categorías de “personas humanas”, una general y otra especial, sujeta a obligaciones contables que, a su vez, necesariamente, estarán sujetas también a practicar una inscripción de antecedentes (publicidad). Esta categoría “especial” está compuesta por dos clases de personas humanas:

a. las que realizan una actividad económica organizada; y

b. las que son “empresarios”, en el sentido de ser titulares de una empresa o de un establecimiento comercial, industrial o de servicios.

De ambas categorías resulta que no solo los empresarios integran esta categoría especial de personas humanas, sino también quienes no siéndolo, realizan una actividad económica organizada que no llega a configurar una empresa, a los que denominaremos “cuasi empresarios”.

**LIBRO SEGUNDO - RELACIONES DE FAMILIA**

En el Libro II, que regula las relaciones de familia, recepta la reforma en lo concerniente al matrimonio igualitario (Ley N° 26.618), sin realizar distinciones entre varón y mujer a los efectos de definir quiénes pueden unirse en matrimonio. Asimismo, en el aspecto patrimonial, se incorpora la posibilidad de optar, mediante convenciones matrimoniales, entre el régimen de comunidad de ganancias y el régimen de separación de bienes, siguiendo la tendencia del derecho comparado contemporáneo.

Paralelamente, el proyecto procura que el avance en la libertad de los futuros cónyuges no deje desprotegido a ninguno de ellos. En este sentido, se establece que, aun cuando se hubiera optado por el régimen de separación de bienes, el inmueble asiento del hogar conyugal quede especialmente protegido, requiriéndose el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto de disposición sobre dicho bien. También a los efectos tuitivos, más allá del régimen de bienes optado por las partes, se prevé una compensación económica en caso de que el divorcio vincular deje a una de ellas en un desequilibrio económico manifiesto. En materia de divorcio se simplifica el trámite, admitiéndose que sea pedido por uno de los cónyuges y sin requisitos temporales. Se deroga la figura de la separación personal y se suprimen las causales subjetivas de divorcio. Si bien se reconoce el valor de los deberes de fidelidad y cohabitación, al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas. Además, cabe mencionar la incorporación de técnicas de reproducción humana asistida, regulando expresamente el consentimiento informado, con prevalencia de la voluntad procreacional y la equiparación de la filiación por dicho medio de reproducción, con la natural y la adoptiva plena.

Se simplifica el régimen jurídico de la adopción, con prioridad en el interés superior del niño. En tal sentido, se mantiene la adopción plena y la simple, y se incorpora la adopción por integración, referida al hijo del cónyuge o del conviviente. Se admite la adopción conjunta y la unilateral, y se simplifican las exigencias para ser adoptante. Se consagra el derecho a ser oído del niño, niña y adolescente y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Por su parte, la Comisión Redactora, en los Fundamentos, resalta: “La llamada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de familia. El nuevo Código sigue la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de “democratización de la familia”, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del “Derecho de familia” al “Derecho de las familias” en plural; esta opinión se sustenta –entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción ( de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia con base en el matrimonio heterosexual clásica debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina –y en menor medida, en la jurisprudencia- como “familia ensamblada”), las que aparecen reconocidas por la ley 26.618, entre otros.”

**Reglas generales del matrimonio**

Las reglas generales que se aplican a esta sección son: a) Aplicación. Se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, salvo norma expresa en contrario; b) Inderogabilidad. No se las puede derogar por convención de las partes, salvo norma expresa en contrario; c) Deber de contribución. Deben contribuir en la medida de sus ingresos, a todos los aspectos de la vida familiar y de hijos menores, discapacitados, sean propios o de uno de los cónyuges; d) Actos que requieren asentimiento. Ninguno puede disponer sobre los bienes ni la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge: e) Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia; f) Mandato entre cónyuges. Permite que uno de los cónyuges pueda dar poder de representación al otro, con la limitación del asentimiento. Se puede revocar sin limitaciones y no hay obligación de rendición de cuentas, salvo convención en contrario; g) Ausencia o impedimento. De uno de los cónyuges, puede ser autorizado judicialmente para representarlo. En caso de ausencia de poder, se aplican las normas del mandato tácito; h) Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. En el resto, dicha solidaridad no existe, disposición en contrario del régimen matrimonial; i) Cosas muebles no registrables. Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión.

**ARTÍCULO 461.- Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.**

**Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.**

Se establece el principio genérico de responsabilidad separada por deudas, regla que se complementa con supuestos de solidaridad legal pasiva frente a las deudas destinadas a satisfacer las necesidades ordinarias del hogar, o aplicadas para lograr el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Esta norma admite como excepción la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes, o de uno de los consortes que fuere menor o con capacidad restringida y que conviviera con el matrimonio.

Tratándose de un supuesto de solidaridad (pasiva) legal, podrá el acreedor exigir al deudor, a su cónyuge o a ambos, simultánea o sucesivamente, la satisfacción de la totalidad de su crédito (art. 833 Código Civil y Comercial). Sin perjuicio, claro, del derecho que le asiste al cónyuge no tomador de la deuda de requerir a quien la contrajo la acción de regreso para obtener la contribución correspondiente (art. 840 Código Civil y Comercial).

La solidaridad pasiva de los cónyuges incorporada por el Código protege los derechos de los acreedores de los consortes asegurando su pago y responde a un criterio de justicia y equidad, ya que extiende la responsabilidad de ambos sobre todo su patrimonio, sin limitaciones.

El catálogo de deudas alcanzadas por la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges se integra con supuestos necesarios para alcanzar los fines del grupo familiar: así, abarca a aquellas que tiendan a afrontar las necesidades ordinarias del hogar, comprendiéndose dentro de ello todo gasto que propenda al sustento y habitación de la familia; y a los gastos empleados para atender al sostenimiento y la educación de los hijos.

En relación con la educación, la obligación se encuentra limitada solo a las personas menores de edad, pero debe extenderse también a las personas con discapacidad de modo de permitir su desarrollo y formación integral. Ello es así porque la educación de estas personas suele prolongarse mucho más que la de los demás, y en ocasiones se extiende durante toda la vida mediante la asistencia a talleres protegidos o terapéuticos, centros de día para el desarrollo de competencias de auto valimiento, etc.

**Filiación**

De los fundamentos de la Comisión Redactora podemos extractar que los principales lineamientos seguidos son:

1. el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061);
2. el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales;
3. el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061);
4. la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación;
5. el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica;
6. la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo;
7. el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y
8. el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Como consecuencia de dichas pautas, los especialistas indican que las características del sistema se pueden resumir en las siguientes:

* coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio (especialmente considerando el matrimonio entre personas de igual sexo).
* recepta la determinación de la filiación cuando ésta se debe o es consecuencia de ella.
* mantiene el sistema binario, es decir que nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo.
* la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos.
* en la filiación matrimonial, en total consonancia con el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente de haber nacido y tener vínculo filial, se extiende la presunción de filiación del cónyuge de la mujer que da a luz, con independencia de ser matrimonio heterosexual u homosexual.
* en la paternidad extramatrimonial se mantiene el reconocimiento como eje central. Se establece el deber del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de notificar el reconocimiento.
* suprime la posibilidad de que la madre pueda reconocer a un niño en tanto la determinación de la maternidad es siempre de carácter legal y no voluntaria.
* respecto a la regulación de las acciones de filiación presenta variantes que revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación, de esta manera se dispone: a) si el presunto padre vive, pero se opone, esa negativa funciona como un indicio grave; b) si el presunto padre vive, pero resulta imposible producir la prueba (por ej., está rebelde, no se lo puede encontrar) la prueba puede realizarse sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado; c) si el presunto padre no vive puede practicarse sobre material genético de los padres del demandado; d) si éstos se oponen o no existen, se puede autorizar la exhumación del cadáver.
* Las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y de impugnación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial amplía la legitimación a toda persona con “interés legítimo”. Modifica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad (desde que el presunto progenitor supo o pudo saber que no lo era); además, se unifica el plazo en dos años para todas las acciones de filiación, en consonancia con el reiterado principio de igualdad entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial.
* En consonancia con el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial inmediatamente o lo antes posible, se regula la obligación del registro civil de comunicar al Ministerio Público esta situación para que éste procure el reconocimiento de manera extrajudicial. Además, a los fines de compatibilizar la legislación civil con lo dispuesto en el decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, se prevé que antes de remitir el registro la comunicación al Ministerio Público, el oficial o jefe del registro civil debe citar a la madre e informarle sobre el derecho del niño a contar con vínculo filial paterno en respeto por el derecho a la identidad.
* admite fijar alimentos provisorios durante el trámite del proceso de reclamación de la filiación o incluso antes del inicio de este trámite tal como se lo regula en el título sobre responsabilidad parental en materia de alimentos provisorios a los hijos no reconocidos.
* considerada que la falta de reconocimiento genera un daño jurídicamente reparable.

**ARTÍCULO 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.**

Para evitar cualquier tipo de discriminación que pudiere surgir de la partida o título formal, se establece la restricción de incurrir en cualquier leyenda por la cual se pueda conocer el tipo filial del niño, es decir, si nació de una relación sexual, de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) o ha sido adoptado. En este sentido, se extiende la imposibilidad de consignar cierta información en la partida de nacimiento.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial introduce una modificación conceptual esencial en materia de determinación filial y su consecuente incidencia en la partida de nacimiento. El carácter de la filiación matrimonial o extramatrimonial no se deriva de la concepción sino del nacimiento. Es decir, los hijos son matrimoniales si nacen dentro de un matrimonio con total independencia del momento en que ocurrió la concepción.

Otra ampliación en lo relativo al certificado de nacimiento involucra a la filiación adoptiva. El art. 241 CC se refería solo a la adopción plena, y dejaba afuera la adopción simple. Ello no tenía razón de ser, ya que en la adopción simple también se emite una nueva partida de nacimiento que da cuenta del vínculo filial adoptivo, pero que deja subsistente los lazos jurídicos con la familia de origen, incluso el adoptado en forma simple puede portar el apellido del o los adoptantes (art. 627, inc. d, Código Civil y Comercial), por lo tanto, en la práctica se emite una nueva partida de nacimiento también cuando la adopción es simple.

También se dispone: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta”. Esta posibilidad de completar el acta, estén —quienes prestaron el correspondiente consentimiento informado a las TRHA— casados o no por un régimen especial de carácter administrativo permitirá que se expidan los correspondientes certificados de nacimiento con doble vínculo filial, sin importar el estado civil de los adultos, y se cumpla la manda que surge de la disposición en análisis.

**Responsabilidad parental**

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

La incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional) ha tenido también un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos. La igualdad de derechos entre hombre y mujer se encuentra expresamente consagrado respecto a la crianza y educación de los hijos en el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, con el objeto de satisfacer el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión entre los adultos (artículo 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Por otro lado, la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (Preámbulo de la Convención citada). También se debe tener en cuenta que la noción de “adolescencia” tiene entidad o conceptualización jurídica, al ser considerada tal toda persona menor de edad entre los 13 y los 18 años.

**ARTÍCULO 643.- Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.**

**Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.**

Otra de las novedades del Código Civil y Comercial es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 Código Civil y Comercial) o de la judicial (art. 657 Código Civil y Comercial).

Se cubre así un vacío legal pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela— a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social.

La previsión es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar debe ser en interés del hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial. Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio.

La forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoria de la misma, manteniendo la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, quienes pueden supervisar la educación del hijo.

 Se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas.

También el artículo dispone su aplicación a aquellos hijos con un solo vínculo filial, evitando así que una interpretación gramatical pudiera impedir a aquel progenitor único delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, en las mismas condiciones ya expuestas.

**ARTÍCULO 644.- Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.**

**Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.**

**El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.**

**La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.**

En este artículo se innova. Antes si los progenitores menores de edad contraían matrimonio, gozaban del pleno ejercicio de la “patria potestad”, pero si, por ejemplo, convivían sin estar casados, la ley se los impedía. La circunstancia determinante era el matrimonio, y no el grado de madurez.

En sintonía con el reconocimiento del carácter de sujetos de derecho y haciendo operativa la incidencia del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos por sus titulares, se reconoce el rol de progenitores a aquellos adolescentes que lo son.

Entonces, aquellos adolescentes que sean progenitores, independientemente de su estado civil o con quién conviva, ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos, pudiendo realizar por sí mismos las tareas de cuidado, educación y salud. Pero así como no es lo mismo ser niño que adolescente, tampoco lo es ser adolescente que adulto. Y es por ello que la norma en análisis diseña un sistema en el cual, sin dejar de lado a los adolescentes en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos, tampoco los deja solos. Y es así que quienes ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente tienen tres posibilidades de actuación respecto de las decisiones en relación a su nieto:

a. pueden oponerse a la realización de aquellos actos decididos por los progenitores adolescentes respecto a su hijo que resulten perjudiciales para el mismo;

b. pueden intervenir en forma directa ante la omisión del progenitor adolescente de realizar o decidir cuestiones necesarias al desarrollo del hijo;

c. su asentimiento es exigido para integrar el consentimiento del progenitor adolescente respecto a actos trascendentes para la vida del niño o que puedan provocar daños graves a sus derechos.

Así, en las cuestiones cotidianas o de menor impacto en la vida del niño o niña, quienes ejercen la responsabilidad parental sobre los progenitores adolescentes, tienen la posibilidad de oposición u acción directa. Pero en aquellas materias que pudieran provocar una grave modificación en la situación del niño —la decisión de su entrega en adopción, por ejemplo— o que afecten seriamente su vida o sus derechos —una intervención quirúrgica—, las decisiones de los progenitores adolescentes deben ser complementadas e integradas con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores. Dado que es suficiente al menos el asentimiento de uno de ellos, las diferencias o desacuerdos deberán ser resueltos en instancia judicial.

Se trata, entonces, de un sistema que brinda una doble protección, destinada tanto al progenitor adolescente como a su hijo, en el que los adultos acompañan y apoyan al hijo adolescente en las decisiones relacionadas con su propio hijo, sin desplazarlo ni sustituirlo

Por último, se destaca que la adquisición de la mayoría de edad de uno de los progenitores, cesando así su condición de progenitor adolescente, no altera este régimen si el otro aún no arribó a la mayoría de edad.

**Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales**

**ARTÍCULO 646.- Enumeración. Son deberes de los progenitores:**

**a. cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;**

**b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;**

**c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;**

**d. prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;**

**e. respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;**

**f. representarlo y administrar el patrimonio del hijo.**

Con relación específica a la educación, este artículo marca la tendencia del nuevo Código de la necesidad que los padres asuman la plena responsabilidad por el crecimiento pleno del niño en concordancia con la actividad de los institutos de educación. Pero también remarca la imprescindible necesidad de escuchar al niño y al adolescente en su proceso educativo, haciéndolo participar de manera plena.

Al respecto debe tenerse presente que la regla general indica que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

**ARTÍCULO 647.- Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.**

**Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.**

Se reemplaza el "poder de corrección" por el derecho deber de los progenitores de “prestar orientación y dirección". Es decir, todos los deberes de los progenitores tienen una consideración especial a las necesidades de los hijos, conforme las propias características y estado evolutivo de los hijos, ya que la función de los progenitores radica en cuidar y colaborar en el pleno desarrollo de la personalidad de sus hijos, pero remarcándose la específica y tajante prohibición de malos tratos, en una clara toma de posición respecto de no tolerar ni justificar ningún tipo o clase de maltrato infantil. Dada la dimensión e intensidad de relaciones familiares marcadas por la violencia familiar, es sumamente auspicioso que se desterrara en forma definitiva la idea o noción del “castigo correctivo”, eliminándose la justificación, legal y moral, del uso de la violencia como forma de resolver los conflictos.

**Progenitor afín**

**ARTÍCULO 672.- Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.**

Este artículo y sus concatenados no tienen concordancia con el Código Civil anterior. Al respecto se establece que el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

**Reglas de competencia**

**ARTÍCULO 716.- Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.**

Si algo caracteriza al conflicto que se vuelca en los procesos de familia es la connotación esencialmente flexible y dinámica de las relaciones interpersonales.

Son conocidas las dificultades que acarreó la implementación de un sistema donde se pusieron en valor las garantías constitucionales de todos los involucrados (Sistema de Protección Integral de Derechos, ley 26.061 y leyes provinciales) que convive con la persistencia de la rémora que dejó el sistema tutelar en el abordaje de la infancia. Algo similar ocurre respecto del cambio de paradigma operado en la consideración de las personas con discapacidad, que dejaron de ser “incapaces” para comenzar a ser considerados personas con capacidad de ejercicio restringida.

El Código Civil y Comercial incorpora una pauta de determinación de la competencia en función de un proceso que pasó de considerar la persona menor de edad como objeto disponible por los adultos a otro que lo visualiza y trata como sujeto pleno de derechos, con ejercicio progresivo de su autonomía y capacidad.

La competencia resulta de la aptitud legal de ejercitar la función que otorga la jurisdicción respecto de un asunto determinado, básicamente, como necesidad de distribuir el trabajo, dotando de especialización a quienes ejercen la tarea de juzgar. Sus caracteres principales son ser improrrogables e indelegables, pues está incluida dentro de las pautas de orden público en tanto atributo del Estado.

En ese contexto se dispone que deba respetarse su centro de vida, que es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, incluyendo su educación. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Si bien la noción de centro de vida supone facilitar que el niño acceda a la administración de justicia, dando prioridad a la proximidad permanente del niño con el magistrado, ese contacto debe ser con el órgano de la administración de justicia correspondiente al lugar donde el niño, niña o adolescente transcurrió “en condiciones legítimas” la mayor parte de su vida, siendo insuficiente la última residencia. Reviste singular importancia el lugar donde hubiese desarrollado los vínculos afectivos, sociales, educativos y culturales esenciales para la definición de su personalidad, el lugar del último domicilio en común con sus padres, o aquel donde se conservan gran parte de sus afectos. Se sostuvo que “el centro de vida, está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Se traduce en sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no solo en el lugar sino en las cosas. Y que para evaluar en el caso concreto el centro de vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural”.

La residencia habitual no es un concepto jurídico, sino una cuestión de hecho, y en eso coinciden con el centro de vida, al que, además, integra, debiendo prestarse mucha atención al momento de determinar cuál es el centro de vida de una persona, pues implica mucho más que el lugar de su residencia habitual, y la indiscriminación conceptual puede llegar a provocar la afectación del interés superior del niño.

La competencia se determina, entonces, virando de un estándar objetivo a uno subjetivo: se desentiende del tipo de proceso o de la acción y se focaliza en la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente.

**LIBRO TERCERO - DERECHOS PERSONALES**

En este libro se regulan las obligaciones y los contratos. La ubicación de su articulado dentro de este Libro es el siguiente:

TÍTULO I: Obligaciones en general (Arts.724/956)

TÍTULO II: Contratos en general (Arts.957/1091)

TÍTULO III: Contratos de consumo (Arts.1092/1122)

TÍTULO IV: Contratos en particular (Arts.1123/1707)

TÍTULO V: Otras fuentes de las obligaciones (Arts.1708/1881)

El Código adopta la nueva concepción de la Teoría General de los Contratos. Efectivamente, abandona la posición propia del individualismo contenida en el Código de Vélez, la cual estaba construida sobre la noción de la autonomía de la voluntad como principio absoluto, lo cual traía como efecto la también absoluta regla de que el contrato es ley para las partes y negaba toda posibilidad de intervención del juez, salvo en caso de infracción al orden público. El fundamento de ello era especialmente la seguridad jurídica. La posición adoptada por el Código gira ahora sobre la noción de la “realidad contractual”, lo cual trae como efecto establecer la parte débil y su protección. Por ello veremos que, si bien, consagra la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, ésta se ve limitada por otros principios importantes para proteger los derechos fundamentales que trata de plasmar en la constitucionalización del derecho privado. De esta manera, faculta al juez a integrar las cláusulas infractoras de aquellos principios, dictando la nulidad relativa y completando el contrato con las cláusulas adecuadas al sistema del ordenamiento jurídico.

**Obligaciones de hacer y de no hacer**

**ARTÍCULO 773.- Concepto. La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.**

**ARTÍCULO 774.- Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir:**

**a. en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso;**

**b. en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;**

**c. en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.**

**Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.**

**ARTÍCULO 775.- Realización de un hecho. El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.**

**ARTÍCULO 776.- Incorporación de terceros. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial.**

**ARTÍCULO 777.- Ejecución forzada. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a:**

**a. exigir el cumplimiento específico;**

**b. hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor;**

**c. reclamar los daños y perjuicios.**

**ARTÍCULO 778.- Obligación de no hacer. Es aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios.**

La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

Cuando se trata de la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al creedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso; d) si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: exigir el cumplimiento específico; hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; reclamar los daños y perjuicios.

En cuanto a la obligación de no hacer, es aquélla que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios.

**Disposiciones generales de los contratos**

La educación es un servicio esencial y, como tal, debe ser objeto de un contrato especial, cuyos aspectos generales indicamos en los parágrafos siguientes, estando desarrollados en el Código desde el artículo 957 al 965.

**Artículo 957. Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.**

Si bien el nuevo texto es más preciso que el del código sustituido, la noción de contrato no varía, por lo que la doctrina y jurisprudencia nacida al amparo del texto anterior siguen siendo de utilidad. De modo que contrato es todo acto jurídico bilateral y patrimonial.

Bajo ese concepto entran en la noción de contrato los actos jurídicos que crean relaciones jurídicas, pero también los que las modifican (la novación), las transmiten (la cesión), las regulan (el contrato de arbitraje) o las extinguen, como la transacción o el distracto.

El contrato es el modelo prototípico del acto jurídico patrimonial, siendo el reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada y, como tal, instrumento fundamental para el funcionamiento de la economía de mercado.

Cuando el Código trata del objeto del contrato, establece que debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes aunque éste no sea patrimonial (artículo 1003). Esta última frase permite calificar como contrato el caso de quien tiene interés en estudiar y paga por ello a una institución educativa; ese acto jurídico es un contrato aun cuando el interés en aprender no pueda ser objetivamente estimado en dinero (Lorenzetti).

La definición del artículo 957 pone el acento en el consentimiento, que ha de estar dirigido a crear, modificar, reglar, transmitir o extinguir derechos y alude a la voluntad interna de cada uno de los contratantes; la declaración de esa voluntad y la declaración de voluntad común o intención común que constituye el consentimiento contractual.

Pero el consentimiento requiere la capacidad de las partes que debe exteriorizarse a través de una manifestación de voluntad oral, escrita (recomendada para los institutos educativos), por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material y excepcionalmente por el silencio. En determinados casos estará sujeta a alguna estructura, pero en general no se considera a la forma como un elemento del contrato.

La causa debe existir y ser lícita y el objeto debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes aunque éste no sea patrimonial, consagrándose la libertad de contratación basada en la autonomía de la voluntad.

Sin embargo la libertada contractual reconoce ciertos límites, causados en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. De este modo la ley impone que las empresas prestadoras de servicios públicos, como es el caso de la educación, es obligatorio dar el servicio a todos aquellos que lo pretendan, dentro del marco de las pautas contractuales, adquiriendo relevancia las nociones de orden público económico y orden público social (Lorenzetti), cuestión que importa que el Estado puede regular ciertos aspectos de la economía, aun en lo tocante a los aspectos que normalmente quedan remitidos a la voluntad de las partes. El orden público social, también tiene trascendencia en el derecho laboral donde el Estado impone con carácter obligatorio la regulación de muchos aspectos del denominado contrato de trabajo, porque ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos, porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su libertad de contratar con perjuicio de ellos.

**Artículo 959. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.**

Este artículo consagra el mismo principio del efecto obligatorio de los contratos aunque suprime la equivalencia con la fuerza obligatoria de la ley. De modo que las partes del contrato quedan obligados a cumplir el contrato tal y como ha sido libremente convenido por ellas.

La fuerza obligatoria del contrato encuentra su fundamento constitucional en el artículo 19 de la Constitución y su tutela en el artículo 17, pues la Corte ha declarado que los derechos emanados de un contrato están comprendidos en la noción constitucional de propiedad, pero siempre teniendo presente que el Código Civil y Comercial otorga jerarquía tanto al principio de buena fe como a la doctrina del abuso del derecho. Al respecto la Corte indicó que “nuestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 de la CN) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general, cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo”.

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

La regla general es que los jueces no tienen la atribución de modificar el contenido de los contratos, salvo expresa autorización legal. La primera excepción consiste cuando lo pida alguna de las partes, pero es una facultad acotada a un grosero desequilibrio.

La segunda excepción habilita al juez a modificar el contenido del contrato cuando se afecta de modo manifiesto el orden público, es decir, la doctrina ha propiciado que en función del principio de conservación del negocio se rectifique el contrato de modo de ajustarlo a la regla de orden público afectado. Este sería el caso de la fijación de las cuotas por sobre las pautas fijadas por las autoridades de control que no hacen caer el contrato con la escuela sino que implican un ajuste de sus valores por la regla según la cual "las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas".

**Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.**

Este precepto está incluido en el Título Preliminar del Código, una de cuyas funciones es "la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código”, agregando más adelante que “la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos".

La buena fe tiene dos vertientes. En la primera de ellas el obrar de buena fe implica comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud. La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. En la segunda importa afirmar que el sujeto obra de buena fe cuando está persuadido de actuar legítimamente, siempre que ese convencimiento no provenga de su propia negligencia. Este concepto de buena fe subjetiva, o buena fe creencia, tiene efectos, particularmente, en el ámbito de los derechos reales.

El principio de la buena fe es causa de exclusión de culpabilidad; es un elemento en la interpretación y ejecución de los contratos y límite al ejercicio de los derechos subjetivos. A la vez la buena fe debe proteger la confianza y lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo imposible hacer una enumeración exhaustiva de los deberes emanados de este principio.

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

Ley imperativa es la que excluye o suprime la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias.

Las leyes supletorias en cambio respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de la voluntad o establecer los efectos de una regulación complementaria para el caso de que esa voluntad no se haya exteriorizado. El ámbito propio de las leyes supletorias es la materia contractual, donde el principio general es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

**Artículo 963. Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:**

**a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;**

**b) normas particulares del contrato;**

**c) normas supletorias de la ley especial;**

**d) normas supletorias de este Código.**

En este artículo el Código Civil y Comercial resuelve un tema de prelación entre las leyes especiales y las normas del Código. La justificación de este precepto se encuentra en que la codificación no pretende abarcar todo el derecho civil y comercial; por el contrario, es obvio que el Código coexiste con innumerables estatutos especiales: defensa del consumidor, sociedades, concursos, marcas, patentes, propiedad intelectual, registro inmobiliario, código aeronáutico, ley de navegación, seguros, etc. En este marco el Código opera como factor de vinculación de todo el régimen jurídico.

**Artículo 964. Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.**

La doctrina indica que el contenido del contrato son reglas de conducta. De este modo el contrato consiste en la formulación de un deber ser y de un poder hacer. Los poderes y los deberes son efectos del contrato; el contenido es la formulación, la regla que establece o estatuye esos deberes y poderes.

El texto del artículo 964 establece que el contenido del contrato se integra por las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles. Por ejemplo, la norma que establece el plazo mínimo de la locación de inmuebles sustituye a la norma convencional que pudiera haber establecido un plazo menor.

Las normas supletorias sustituyen la voluntad omitida de las partes. También bajo ciertas condiciones integran el contenido del contrato los "usos y prácticas del lugar de celebración", siempre que no sean contrarios a derecho o no sean irrazonables.

**Artículo 965. Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.**

La tutela constitucional de la propiedad tiene su expresión en el artículo 17 y abarca a todo derecho que el hombre tenga fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, es decir, ampara los derechos nacidos de un contrato. De modo que los créditos —sean de dar, de hacer o de no hacer— nacidos de la relación jurídica contractual constituyen una propiedad de la cual su titular no puede ser privado sino es en función de ley y previa indemnización.

Pero la garantía constitucional de la propiedad se extiende a la "libertad de contratación", que comprende el derecho de contratar o no, de hacerlo con quien se quiera y de configurar el contenido del contrato, siempre dentro del contexto que ningún derecho es absoluto, y por ello se encuentra sujeto a los límites que la ley establezca, teniendo en cuenta que la ley no debe desnaturalizar los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos con excepciones reglamentarias (art. 28 de la Constitución Nacional).

**Responsabilidad de los institutos de educación**

**ARTÍCULO 1767.- Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.**

**El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.**

**Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.**

El nuevo artículo 1767 modifica el 1117 vigente desde 1997. Las modificaciones de la re-forma son:

a) modifica el término "propietarios" por el de "titular", una corrección atinada, ya que no siempre quien acomete el servicio educativo es el dueño del establecimiento;

b) elimina el distingo entre establecimientos educativos públicos y privados, ya que no resulta razonable aplicar un diferente régimen de responsabilidad;

c) agrega al ámbito de aplicación la circunstancia de que los alumnos menores de edad "debieran hallarse bajo el control de la autoridad educativa" -esta aclaración ya había sido formulada por la doctrina, en especial por Aída Kemelmajer de Carlucci, y es aceptada por la doctrina mayoritaria (caso del alumno que se escapa de la escuela y sufre un daño);

d) explicita que el factor de atribución es objetivo, reafirmando como única causal de exoneración el caso fortuito -es dable señalar que el reformulado artículo 1730 asimila el caso fortuito con la fuerza mayor, debiendo el casus para eximir de responsabilidad al titular del establecimiento ser extraño a la actividad educativa-;

e) reafirma la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil -de esta manera se pretende garantizar a la víctima el cobro de la indemnización que le corresponde y a su vez proteger el patrimonio del establecimiento educativo-;

f) en armonía con el también reformado artículo 2561, el plazo de prescripción de daños derivados de la responsabilidad civil asciende a tres años, sea la responsabilidad de fuente contractual (disminuyéndola en siete años) o extracontractual (aumentándola en un año);

g) cambia el término "nivel terciario" por el de "educación superior" (comprende universidades e institutos terciarios estatales o privados autorizados, de conformidad con la denominación establecida en la ley 24521).

Puede afirmarse, en consecuencia, que más allá de algunas cuestiones terminológicas el remozado artículo reafirma la tendencia legal de aumentar los factores de atribución y disminuir los eximentes de responsabilidad, con la reiterada intención de resarcir al damnificado.

La Comisión Redactora señala: “En los establecimientos educativos se establece que el titular responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o debieran hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Se trata de criterios ampliamente defendidos por la doctrina argentina, concentrando la imputación en el titular del establecimiento, quien a su vez, descarga el pago en el seguro; lo importante en este caso es asegurar la indemnización a las víctimas, sin perjuicio de las cuestiones penales que puedan existir. En cuanto a la educación superior y universitaria, ya no puede predicarse que exista un deber de cuidado similar al de los otros establecimientos.

Para entender mejor, cuando se promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado, la imputación será subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, como es el caso del cuidado del estudiante, la imputación será objetiva.

Responsabilidad civil. (Libro Tercero, Título V, capítulo 1). Admite tres funciones: preventiva, disuasiva y resarcitoria.

Además unifica los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, en la precisión de parámetros para fijar indemnizaciones

Función preventiva. Se establece que las disposiciones son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Si bien se admite que la función resarcitoria es prevalente, también se regula la prevención del daño y los supuestos en los cuales procede aplicándose a tales efectos las normas de la responsabilidad civil.

En este orden de ideas, se dispone expresamente que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y si este ya se ha producido, de no agravarlo, debiendo adoptar de buena fe las medidas razonables para evitar que se produzca o disminuir su magnitud, siempre que la posibilidad de prevenir dependa de ella.

Se regula la acción preventiva, acción judicial para prevenir la producción de un daño, que procede cuando “una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”, es decir cuando nos encontramos frente a la omisión del deber de no dañar, legitimándose para reclamar a quien acredite un interés razonable en la prevención.

Los presupuestos para que la acción proceda son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

De este modo, siendo previsible la producción de un daño, la justicia puede intervenir y ordenar las medidas que considere pertinentes, debiendo estar siempre guiada por la necesidad de evitar el daño restringiendo los menores derechos posibles y utilizando el medio más idóneo y eficaz para obtener el fin que se persigue.

Función punitiva. En consonancia con lo expuesto en el punto anterior, el proyecto también incorpora la función punitiva en la noción de responsabilidad civil, que se materializa a través de la sanción pecuniaria disuasiva.

El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria y su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso. Si bien existen dispares pensamientos en la doctrina al respecto de la incorporación o no de la función, lo cierto es que el instituto ya estaba integrado en nuestro ordenamiento.

Función resarcitoria. Con respecto a la regulación de la función resarcitoria, sigue en términos generales la normativa y precedentes vigentes en la materia, detallando los presupuestos necesarios para que nazca la obligación de reparación del daño, definiendo de manera amplia el concepto de daño resarcible, normando tanto la responsabilidad directa como la responsabilidad por el hecho de terceros.

Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. El código unifica la regulación de la responsabilidad de origen contractual y extracontractual en aspectos generales y en base al principio general de no dañar, aunque deja a salvo algunas diferencias con respecto a las prestaciones comprometidas mediante un contrato.

De este modo se ha acogido la tesis de la unicidad, que no solo fue reclamada por la doctrina sino que también había sido incorporada en anteriores proyectos de reforma, y que conllevará el dejar de aludir a los vocablos “contractual y extracontractual” que forman parte de la legislación vigente.

**LIBRO CUARTO - DERECHOS REALES**

El nuevo Código Civil y Comercial dedica el Libro Cuarto a los derechos reales. En el Título I configura una teoría general de los derechos reales. El Título II lo dedica a la teoría de la posesión y la tenencia. A partir del Título III desarrolla específicamente cada uno de los derechos reales y finalmente en el Título XIII diseña las acciones posesorias y las acciones reales.

La Comisión autora del Código Civil y Comercial, incorporó una parte general a los derechos reales y, además, partes generales internas comunes a diversos derechos reales, siguiendo así el sistema del Proyecto de 1998, y la metodología adoptada por los Código modernos, permitiendo mayor claridad y evitando repeticiones y excesos de preceptos.

Este criterio al agrupar las disposiciones y principios comunes a todos los derechos reales reúne todas las normas generales que estaban dispersas en el Código actual y además las actualiza con la jurisprudencia y la doctrina actuales.

**Propiedad indígena**

La idea individualista del Código Civil anterior no se compadece con la vinculación de las comunidades a las tierras. Es por esto que las consecuencias jurídicas y políticas de la incorporación de determinados derechos indígenas, no pueden ser dimensionadas si no se comprende que estamos en presencia del impulso de un Nuevo Código.

En las pautas anteriores, el régimen de propiedad y posesión era el mismo para todos los habitantes del suelo argentino; es decir que el indígena estaba sujeto a las mismas reglas que los restantes habitantes y, si bien se dictaron Constituciones y leyes provinciales protectoras de los aborígenes, no asignaron en toda su dimensión el reconocimiento de su propiedad especial. Las normativas pudieron, no obstantes permitir la facilitación al acceso de tierras por usucapión o regularización de títulos dentro del régimen del dominio público o privado del sistema civil, lo que no era fácil, dado que existían incompatibilidades debido a las modalidades de transmisión que, por razones históricas o geográficas, se apartaban del Código Civil anterior.

Resulta significativo —explica Abreut— comprender que, la propiedad indígena, ya consagrada en la Carta Magna, puede ser vista desde el ámbito del derecho constitucional, como del derecho civil, y dentro de éste, como un nuevo derecho real.

Es necesario reafirmar que el sistema jurídico federal del derecho de los pueblos indígenas, se integra con las siguientes normas: a) el art. 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional; b) El Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por la Ley nacional 24.071 e incorporado a nuestro ordenamiento con jerarquía supralegal; c) Leyes nacionales específicas; d) Constituciones provinciales, y e) Leyes provinciales específicas.

El nuevo Código, en el Libro Cuarto, dedicado a los Derechos Reales, comienza con un Título I relativo a Disposiciones Generales, Capítulo I, Principios Comunes, en el artículo 1887 y bajo el acápite Enumeración, incluye en el apartado c) “…la propiedad comunitaria indígena…”, y su posterior regulación en el Título V desde los arts. 2028 a 2036.

**ARTÍCULO 1882.- Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.**

**ARTÍCULO 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código: a. el dominio; b. el condominio; c. la propiedad horizontal; d. los conjuntos inmobiliarios; e. el tiempo compartido; f. el cementerio privado; g. la superficie; h. el usufructo; i. el uso; j. la habitación; k. la servidumbre; l. la hipoteca; m. la anticresis; n. la prenda.**

En los artículos 1888 a 1891 se clasifican los derechos reales. Así diferencia entre derechos reales sobre cosa propia o sobre cosa ajena, enunciando que se ejercen sobre cosa propia el dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado y superficie, denominando a los restantes como que se ejercen sobre cosa ajena.

Establece que para el dueño de la cosa la existencia de derechos reales sobre la cosa ajena constituye cargas o gravámenes reales. Aplica una presunción “iuris tantum”, es decir que admite prueba en contrario, en el sentido que en principio las cosas se presumen que no tienen gravamen, salvo que se pruebe lo contrario. A favor del propietario se estipula que en caso de duda sobre la existencia de un gravamen real o sobre su extensión o el modo de ejercicio, deberá interpretarse siempre a favor del titular del bien gravado.

El art. 1889 diferencia entre derechos reales principales y accesorios estableciendo que los principales son todos los derechos reales a excepción de aquéllos que garantizan un crédito y que son hipoteca, prenda y anticresis.

En relación a la registración, se distinguen entre derechos reales registrables cuando la ley exige la inscripción de los títulos en los registros que correspondan. En cambio, son derechos reales no registrables los que no requieren que sus títulos sean presentados a registros para su inscripción.

El tercer elemento que permite clasificar a los derechos reales es la posesión. Así todos los derechos reales se ejercen por la posesión, salvo las servidumbres y la hipoteca.

Se incorporan nuevos tipos de derechos reales: los conjuntos inmobiliarios, los cementerios privados, se amplía el ámbito del derecho real de superficie e incluye en esta enumeración derechos que estaban legislados por leyes posteriores a la sanción del Código Civil como propiedad horizontal y tiempo compartido. Por otra parte confiere al consorcio la calidad de persona jurídica acorde con el artículo 148 inciso h) que así lo considera.

Define con precisión los conceptos de unidad funcional (art.2039); cosas y partes comunes (art 2040); cosas y partes necesariamente comunes; cosas y partes comunes no indispensables (art.2042) y cosas y partes propias (art. 2043).

Atribuye fundamental importancia para sostener el sistema a los gastos y contribuciones - expensas comunes y extraordinarias- otorgando al certificado de deuda emanado por el administrador el carácter de título ejecutivo (art. 2048).

Incorpora el consejo de propietarios admitido en la realidad y delimita sus funciones (art. 2064) facultando a ejercer la administración (inc. D) en caso de vacancia o ausencia del administrador, con la obligación de convocar a asamblea dentro de los treinta días en caso de vacancia.

La otra cuestión interesante es la admisión de los subconsorcios con independencia funcional o administrativa dejando a salvo que frente a terceros responde la totalidad del consorcio.

En cuanto a los derechos reales de uso y goce sobre la cosa ajena se siguen en general los lineamientos del Código de Vélez y del Proyecto de 1998, evitando normas redundantes, con una mejor sistematización, suprimiendo el usufructo legal por considerarlo innecesario y el “cuasi usufructo”- A la vez establece que el usufructo puede recaer sobre un derecho en los casos en que la ley lo prevea (art. 2130, inc.b).

El Título XII sobre Derechos Reales de Garantía contiene un capítulo destinado a disposiciones comunes (arts 2184 a 2204) aplicables a hipoteca, prenda y anticresis que facilita la comprensión de los institutos y evita repeticiones. Admite para los derechos reales de garantía que dentro del monto del gravamen se garantiza además del capital, los intereses y costas (art. 2193). El art. 2232 incorpora la prenda de créditos, figura importante para la realidad negocial actual.

El Título XIII sobre Acciones posesorias y acciones reales diferencia con exactitud la turbación del desapoderamiento y la acción extrajudicial de las acciones posesorias judiciales (acción de despojo y acción de mantener la tenencia o la posesión).

En cuanto a las relaciones entre el petitorio y el posesorio, en principio mantiene las disposiciones del Código de Vélez y agrega que quien intenta una acción real podrá utilizar las acciones posesorias en defensa de hechos o ataques posteriores, recogiendo la jurisprudencia de la materia.

Resuelve el tema de la legitimación activa ya que confiere las acciones a poseedores y tenedores. Legisla la acción real reivindicatoria (art. 2252); la acción real negatoria (art.2262); la acción real confesoria (art. 2264) y la acción de deslinde (art. 2266). Los ámbitos de aplicación de cada una quedan claramente definidos y en materia de alcances de la acción reivindicatoria el art. 2260 prescribe los límites.

**LIBRO QUINTO - TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE**

El texto se basa en el “herederos de cuota” y suprime la figura del legatario de cuota, que ha causado tantas dificultades.

Incluye entre las personas que puede suceder la nacida de la reproducción humana asistida post mortem que, de modo excepcional, acepta el Código. Aclara que la responsabilidad del heredero es intra vires (con el valor de los bienes), con las excepciones que se disponen expresamente.

Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación.

Se conservan las disposiciones vigentes sobre la oportunidad y la libertad de la aceptación y de la renuncia pero se dejan claras las consecuencias del silencio. Está prevista la acción subrogatoria ejercida por los acreedores del heredero que se abstiene de pronunciarse entre la aceptación y la renuncia, con efectos a favor de aquellos que se hayan aceptado, y hasta la concurrencia del monto de sus acreencias.

Se enumeran los supuestos de comportamientos que implican aceptación, aceptación forzada, y los que no configuran aceptación y se proyecta que la aceptación por el representante legal de una persona incapaz o con capacidad restringida no obliga a éste ultra vires.

Se mantiene la regla de que la renuncia debe ser expresa y realizada por escritura pública, pero se acepta también el acta judicial siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento, en consonancia con lo dispuesto en materia de prueba de los actos jurídicos.

Se regula la cesión de herencia. Aunque se trata de un contrato, se entiende, por razones prácticas, que no es metodológicamente incorrecto incluirlo entre las normas que regulan el derecho de sucesiones.

 Se aclaran cuestiones que han merecido posiciones encontradas en la doctrina, precisamente por falta de regulación legal, tales como, el momento a partir del cual produce efectos entre los contratantes, los otros herederos y los deudores de un crédito de la herencia; se establece con claridad qué queda comprendido y qué excluido dentro del contrato a falta de previsión en contrario; se regula la garantía por evicción según la cesión sea a título gratuito u oneroso; se aclara que las previsiones legales rigen también para el supuesto de que el cónyuge supérstite ceda su parte en la indivisión postcomunitaria causada por la muerte, aunque en definitiva éste no sea heredero porque todos los bienes son gananciales; en cambio, no rigen para el supuesto que no se contrata sobre la indivisión sino sobre bienes determinados.

La petición de herencia se limita a la discusión del carácter de heredero, excluyendo el supuesto de la acción contra el mero poseedor, contra quien el heredero tiene las acciones de las que gozaba el causante. Se incluye una fórmula clara sobre la imprescriptibilidad de la acción petitoria y su relación con la usucapión de las cosas particulares.

Se mantiene el principio de la separación de patrimonios y se prevén distintos supuestos de responsabilidad, del heredero único, de la pluralidad de herederos y de los legatarios, incluido el de una universalidad de bienes y deudas, reuniéndose en un solo texto los distintos casos en que el heredero no goza de esa separación.

Se prevé la intervención de los acreedores en la apertura y proceso sucesorio de modo análogo al que lo hacen algunos códigos procesales; los acreedores pueden solicitar a los herederos que sus acreencias sean reconocidas de legítimo abono y tienen el derecho a que no se entreguen las porciones hereditarias, ni los legados antes de haber sido satisfechos.

Se regula expresamente el estado de indivisión, cubriéndose las carencias de la legislación vigente para la etapa que va desde la muerte del causante hasta la partición y también se regula la indivisión forzosa impuesta por el testador y por pacto de los copartícipes y se prevén casos de oposición por el cónyuge a que se incluyan en la partición determinados bienes. Bajo las mismas condiciones, se incorpora el derecho del heredero a oponerse a la división del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en su explotación, pero esta facultad no se extiende a la vivienda. Se aclaran los efectos de estas indivisiones respecto de los terceros acreedores. También se precisan los casos en que el resto de los copartícipes pueden solicitar el cese de la indivisión.

Un título se destina a reglar el proceso sucesorio. Se fija el objeto y la competencia. Se distingue la investidura de pleno derecho correspondiente a descendientes, ascendientes y cónyuge, y la investidura conferida por los jueces, eliminándose la expresión “posesión hereditaria”, que tanta polémica ha generado.

Se regla el trámite a seguir si el causante ha testado por acto público o por testamento ológrafo cuando se trata de sucesión intestada. Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado previsto en la legislación registral.

Se autoriza la substitución del inventario judicial por la denuncia de bienes por voluntad unánime de los herederos, excepto disposición legal en contra o que el inventario haya sido pedido por los acreedores.

Se prevén normas sobre designación, derechos, deberes y funciones del administrador judicial y cómo debe proceder al pago de deudas y legados en los casos de sucesión manifiestamente solvente, teniendo en cuenta su exigibilidad y el orden de los privilegios, que conforme se dispone en el título correspondiente, se rigen por la ley concursal.

Se legisla sobre el tiempo para pedir la partición, la legitimación respectiva, el caso de los herederos condicionales o a plazo y la partición parcial. También sobre la acción de partición en los aspectos de competencia, prescripción, y modos de llevarla a cabo, abarcando la partición privada, la provisional, la judicial, el valor de los bienes, el partidor, el principio de partición en especie, la prohibición de la partición antieconómica, la composición de la masa, el supuesto de títulos, objetos y documentos comunes, entre otros.

Se establecen casos de atribución preferencial; sin perjuicio de esa atribución, se regula el derecho de habitación viudal, en consonancia con la protección constitucional de la vivienda. Reinstala figura de la licitación. La colación de las donaciones experimenta varias modificaciones a fin de eliminar discusiones doctrinales y soluciones jurisprudenciales discrepante, incluyendo al cónyuge entre los obligados a colacionar. Además se admite la dispensa de colación no solo en el testamento sino también en el acto de la donación y se dispone que el valor se determine a la época de la partición, pero según el estado del bien a la época de la donación.

Respecto del heredero renunciante se mantiene el derecho vigente. Si se trata de donatario-descendiente, no se modifica la solución tradicional. Si el donatario es el cónyuge, se resuelve expresamente que no debe colación cuando la donación se realizó antes del matrimonio. Se hace expresa exclusión del fideicomiso constituido en favor de una persona incapaz o con capacidad restringida.

Se conserva el texto del anterior artículo 3503 del Código Civil referido a los efectos de la partición, indicando que es declarativa y no traslativa de derechos. La nulidad de la partición se remite a la de los actos jurídicos. Hay derecho a solicitar una partición complementaria o rectificativa o la atribución de un complemento, previéndose también otros casos de acción de complemento y los casos en que estas acciones no son admitidas.

Se clarifica la situación de las personas casadas bajo el régimen de comunidad, proponiendo que la partición por ascendientes solo puede tener por objeto los bienes propios, ya que la de los gananciales significaría una partición anticipada de la comunidad. Pero nada obsta que puedan ser donados los gananciales requiriéndose el concurso de la voluntad de los dos cónyuges. No es aceptable la partición de los gananciales por testamento al encontrarse prohibido el testamento conjunto.

Se consideró razonable que la partición pueda ser parcial aplicándose a los excluidos el régimen sucesorio general. Se mantiene el principio tradicional de no atenderse al origen de los bienes.

Se innova respecto de la adopción simple desde que el descendiente adoptivo es tratado como cualquier descendiente, cualquiera sea el origen de la filiación. La distinción entre adopción simple y plena se reserva para la sucesión de los ascendientes; se consideró conveniente no incorporar en el régimen sucesorio las variantes que el juez puede establecer en su sentencia, sea la adopción simple o plena, para no alterar, por voluntad judicial, un régimen sucesorio que tiene base en la ley. Se dispone expresamente que las exclusiones dispuestas para los ascendientes no operen si quedaran bienes vacantes.

Se mantiene la distinción de bienes propios y bienes gananciales cuando el cónyuge concurre con los descendientes. Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente, después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.

Se modifica la figura del matrimonio in extremis, para ajustarlo a los criterio más difundidos.

En general, las normas relativas a los casos de exclusión del cónyuge se adecuan a la eliminación de la separación personal y las causales del divorcio; también se modifica la causal de separación de hecho, en tanto la exclusión, como en el caso del divorcio, no tiene en cuenta la culpa sino el cese de la convivencia, que también pudo producirse por una decisión judicial (por ej., en causas por violencia familiar, o en medidas provisionales en juicio de divorcio).

Las reglas sobre sucesión de los colaterales son ratificadas, con pequeñas variantes tres normas disponen sobre la herencia vacante.

El anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción. Además, se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.

Se dispone expresamente que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio. De este modo, se prevé la posibilidad de que esos actos tengan lugar cuando ya se conoce la existencia de la persona por nacer.

Las donaciones al cónyuge se encuentran permitidas en los regímenes propuestos para sus relaciones patrimoniales teniéndose en consideración las efectuadas cuando ya donante y donatario son cónyuges.

Se mantienen las reglas de la inviolabilidad e irrenunciabilidad anticipada de la legítima, con la variante que se admite la constitución de un fideicomiso por el testador, en consonancia con las normas propuestas en materia contractual, pero siempre que no altere la legítima.

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Las cuestiones relativas al goce de “perfecta razón” o “sano juicio” se regulan entre las causales de nulidad del testamento. No se prevén inhabilidades especiales para cada forma testamentaria al margen de lo que pudiera resultar de las previsiones sobre estos instrumentos, en su caso. Se admite la validez del testamento otorgado por quien ha sido declarado judicialmente incapaz pero tiene discernimiento en el acto de testar, sea por remisión transitoria de su enfermedad, sea por curación de ella sin haber sido aún rehabilitado. También se prevé la privación de la razón sin interdicción, caso en el cual la carga de la prueba incumbe a quien alega dicha privación.

Se invierte la solución relativa a la condición y cargo prohibidos, en tanto no es razonable sancionar al beneficiario porque el testador impuso como condición o cargo un hecho imposible, ilegal o inmoral. Las reglas sobre formas de los testamentos no contienen modificaciones sino más bien aclaraciones mediante una redacción más concisa.

Se suprime la forma testamentaria denominada “testamento cerrado” por carecer de uso en la práctica y por la complejidad de sus requisitos; otro tanto con los testamentos especiales, que hoy no se justifican.

Se incluyen normas sobre interpretación del legado a favor de simples asociaciones, la institución a los pobres, la institución a favor del alma del testador. El derecho de acrecer está previsto en un solo artículo, con inclusión de todos los elementos necesarios para la aplicabilidad de la institución. En materia de legados, sólo se simplifica y sistematiza las normas vigentes.

En general, se mantiene el régimen vigente respecto de la revocación por testamento posterior, aunque se deja a salvo la voluntad del testador resultante de sus segundas disposiciones. La normativa sobre la revocación del testamento por matrimonio posterior del testador, se resuelve con mayor flexibilidad, previéndose como excepción el supuesto en que el instituido heredero es precisamente quien después sería cónyuge del testador.

Las formas de designación de albaceas, sus atribuciones, deberes, facultades y responsabilidad, las correlativas facultades de herederos y legatarios la remuneración, el reembolso de gastos y la terminación del albaceazgo, han sido compendiadas en nueve artículos basados en las normativas anteriores.

**LIBRO SEXTO - DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES**

Este libro se compone de la siguiente manera, indicándose al final algunas normas que podrían tener impacto en la educación:

Título I. Prescripción y caducidad.

Capítulo 1. Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva.

Sección 1ra. Normas generales.

Sección 2da. Suspensión de la prescripción.

Sección 3ra. Interrupción de la prescripción.

Sección 4ta. Dispensa de la prescripción.

Capítulo 2. Prescripción liberatoria.

Sección 1ra. Comienzo del cómputo.

Sección 2da. Plazos de prescripción.

Capítulo 3. Prescripción adquisitiva.

Capítulo 4. Caducidad de los derechos.

Título II. Privilegios.

Capítulo 1. Disposiciones generales.

Capítulo 2. Privilegios especiales.

Título III. Derecho de retención.

Título IV. Disposiciones de derecho internacional privado

**Derecho internacional**

**ARTÍCULO 2613.- Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:**

**a. su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él;**

**b. su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.**

**La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.**

**ARTÍCULO 2614.- Domicilio de las personas menores de edad. El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.**

**Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.**

**ARTÍCULO 2615.- Domicilio de otras personas incapaces. El domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual.**

**ARTÍCULO 2616.- Capacidad. La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.**

**El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida.**

Este último tema puede llegar a tener impacto en los establecimientos educativos, considerando que muchas familias que viven en Provincias fronterizas pueden presentar los casos que detalla el código, debiendo las autoridades institucionales considerar de manera especial.

**ARTÍCULO 2639.- Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.**

También esta última temática debe ser considerada en especial en aquellas zonas donde pueden presentarse situaciones donde los niños pueden tener residencia habitual fuera de la República.