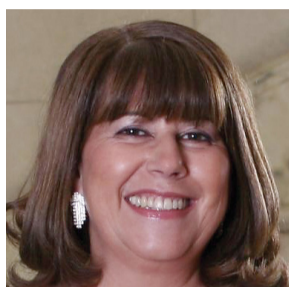


REFLEXIONES

Una revista de pensamiento universitario

EDITORIAL



LILIANA BRUZZO
DIRECTORA A CARGO, UCSE DABA

En este nuevo número de *Reflexiones*, de edición únicamente digital, el Departamento Académico Buenos Aires de la Universidad Católica de Santiago del Estero aborda diversas cuestiones vinculadas con el Derecho, la Investigación Académica, la Salud Mental, las Finanzas Públicas y la nueva agenda de Desarrollo Sostenible post 2015 de las Naciones Unidas.

Como espacio de actualización y opinión, *Reflexiones* propone a su comunidad académica y a su público miradas sobre asuntos de hoy que, además de atraer por su propio peso el interés de estudiantes y docentes, se integran en la controversia pública sobre los caminos colectivos para alcanzar una mejor calidad de vida, en sintonía con los principios fundacionales expresados por la UCSE en su Estatuto: «en cuanto al hombre, acompañar y favorecer el proceso de formación integral de la persona humana; en cuanto al saber, participar en el desarrollo y transmisión de los conocimientos; en cuanto a la sociedad, contribuir a su progreso y a la creación, reflexión crítica y difusión de la cultura»

Los autores son profesores, funcionarios e investigadores de la UCSE que, en sus campos de actividad profesional, trabajan también en la producción de conocimiento en las áreas involucradas en los artículos que componen esta edición.

Sin perjuicio de que las opiniones de los autores no expresan necesariamente la posición institucional de nuestra Universidad, sí abordan las temáticas y preocupaciones que como espacio académico consideramos dignas de un abordaje plural y multidisciplinario.

Al hacerles llegar esta nueva edición y agradecerles de antemano su lectura y comentarios, los convocamos a la propuesta de nuevos temas y perspectivas para enriquecer la continuidad de *Reflexiones*.

En el cierre de un nuevo ciclo lectivo, y próximos a la conclusión del tercer lustro del Siglo XXI, sumamos los mejores deseos para la realización personal y colectiva de nuestras mejores capacidades.

Muchas gracias y un saludo muy cordial.

SUMARIO

¿Hasta dónde puede llegar la ciencia?,
por Eduardo Gálvez

¿Qué está pasando en las escuelas con la patologización y medicalización de la infancia?,
por Gabriela Dueñas

Los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU definen también una agenda para orientar la actividad académica y científica,
por Edgardo Abramovich

Las leyes sobre «Blanqueo»,
por Salomón Wilhelm

Reflexiones sobre el contrato de depósito y la eliminación del contrato real en el Código Civil y Comercial de la Nación,
por Esteban Centanaro y Martín Debrabandere

El ejercicio de los derechos a la salud y los menores de edad en el Código Civil y Comercial de la Nación, por Marcelo A. Lencina

Reflexiones. Una revista de pensamiento universitario. Año 2 - N.º 2. Directora: Liliana Bruzzo. Consejo editorial: Luis Olaizola y Edgardo Abramovich. Las opiniones vertidas en los artículos publicados en la revista son de exclusiva responsabilidad del autor o autores de los mismos, o de los entrevistados, y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Departamento Académico Buenos Aires de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

¿Hasta dónde puede llegar la ciencia?



EDUARDO GÁLVEZ

PROFESOR TITULAR DE INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA EN LA UCSE, COORDINADOR DE INVESTIGACIÓN DEL DABA Y CONSEJERO EN EL CONSEJO DE INVESTIGACIÓN DE LA UCSE. PROFESOR TITULAR DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN (USAL). INVESTIGADOR DEL ÁREA DE ESTUDIOS SOBRE LA INDUSTRIA ARGENTINA Y LATINOAMERICANA (AESIAL, FCE, UBA) Y DE LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA (UNIFE). DOCTOR EN HISTORIA Y CIVILIZACIONES, EHES PARÍS. DOCTOR EN CIENCIAS SOCIALES, FLACSO.

La ciencia tiene algo de magnífico y algo de atemorizante. Por un lado, produce admiración, en general, de manera más o menos conciente; y, por otro, produce temor, esto de manera más bien inconciente. Sólo considerar los avances tecnológicos de los últimos veinte años produce una fascinación por el trabajo de los científicos, pero a la vez, estos progresos increíbles abren el interrogante sobre los alcances de la ciencia. Si en los últimos cien años produjo tantos descubrimientos ¿hasta dónde llegará en los próximos cien o mil? Junto a los increíbles avances en medicina, aparece la energía nuclear y la amenaza de destrucción, la biotecnología y la capacidad de clonación o de producir mutaciones genéticas, y ni hablar de qué pasaría si pudiera alterar la información genética sobre el envejecimiento de las células. Y así podríamos hacer una larga lista de desarrollos científicos que despiertan fantasías luminosas y oscuras por igual.

Por supuesto, no todas las ciencias han alcanzado semejante grado de desarrollo. A pesar de sus avances, este es el caso de las ciencias sociales en general. Estas últimas tratan con problemas de investigación más complejos que las ciencias «duras», como son los hombres y sus relaciones. Esto nos deja en la situación siguiente: podemos científicamente enviar una sonda a Marte o hacer crecer una oreja humana sobre el lomo de un ratón, pero no podemos científicamente despertar los vínculos amorosos y solidarios entre los hombres, sean estos de pareja, vecinos, compatriotas, pueblos, credos o etnias. En esa encrucijada se encuentra el hombre y su enorme capacidad de conocimiento y por lo tanto la ciencia también.

Ahora hablemos de cuáles son los principios básicos que orientan el método científico, que han permitido tantos avances en el conocimiento en apenas un siglo. Aunque parezca simple y evidente, la primera exigen-

cia del método científico es que cualquier aseveración sea sostenida con datos comprobables. Y si bien es cierto que los datos pueden orientarse en un sentido o en el otro, por ejemplo, tomando algunos y descartando otros; también es verdad que esta exigencia primera del método científico, estrecha el margen para las conjeturas, opiniones o pareceres sin ningún sustento. En el lenguaje corriente, diríamos que el método científico reduce el espacio para la simple «opiniología». Pero ¿tantos avances en base a un principio tan simple? Podemos decir que sí. Por eso es tan importante el aprendizaje de los métodos de investigación científicos. Aunque, por supuesto, eso no es todo. Necesitaríamos extendernos mucho más para explicar mejor un conjunto de principios más completos que orientan el método científico, pero este es el punto de partida fundamental.

De hecho, no se puede decir que haga ninguna temperatura determinada en la ciudad de Buenos Aires. Es decir, puede ser que en el mismo lapso de tiempo en algún rincón de la ciudad el termómetro marqué 27 grados (siempre y cuando esos 27 sean «ciertos», gracias a que el termómetro esté perfectamente calibrado, lo cual también es algo a considerar), pero en otro rincón no muy alejado, digamos a 1 kilómetro al sur, puede ser que haga 26.4; y a cinco kilómetros al norte de aquel mismo punto, haga 28.1, y así podemos seguir. Este ejemplo que tomamos es muy sencillo, pero como vemos esta simple recolección de datos, ya trae sus problemas al quehacer científico.

Hemos observado entonces que aquel principio inicial de la ciencia sobre la obligatoriedad de basarse en datos, no parece tan simple de respetar en la tarea concreta de un científico, incluso en este caso relativamente sim-



Ahora bien, no todo es tan simple como parece para los científicos. Ya que la primera pregunta por hacerse es ¿qué es un dato? Una de las primeras contestaciones que dan las corrientes mayoritarias en las ciencias es que los datos no son, sino que se producen. Veamos qué quiere decir esto. Tomemos un caso relativamente sencillo como la temperatura: 27 o 600 grados no existen en la realidad, son formas de medición para acceder a la realidad, pero en la realidad misma no existen 27 grados o 600.

Además, hay más complicaciones, porque cuando se dice hace 27 grados en la ciudad de Buenos Aires, en realidad no hace 27 grados.

Imaginemos en casos más complejos como, por ejemplo, cuando se trata de establecer si una comunidad es solidaria o no, cuando se dice que una sociedad es igualitaria o desigual, o problemas científicos mucho más complicados del estilo de estos últimos que mencionamos.

En fin, a pesar de las complejidades existentes para cumplir con los requisitos del conocimiento científico, los avances fenomenales, conocidos por todos, no hacen sino incrementarse día a día, y eso que el camino de la ciencia recién comienza, lo cual pone en evidencia que sus potenciales alcances son inimaginables.

¿Qué está pasando en las escuelas con la patologización y medicalización de la infancia?*



GABRIELA DUEÑAS

PROFESORA DEL CURSO DE POSGRADO «INTERVENCIONES PSICOPEDAGÓGICAS Y ESCUELA» EN LA UCSE Y COORDINADORA DEL ÁREA DE EDUCACIÓN EN LA MISMA INSTITUCIÓN. EX INTEGRANTE FUNDADORA DE FORUMADD: EQUIPO INTERDISCIPLINARIO DE PREVENCIÓN DE LA PATOLOGIZACIÓN Y MEDICALIZACIÓN DE LAS INFANCIAS Y ADOLESCENCIAS. DOCENTE INVITADA DEL «PROGRAMA INTERDISCIPLINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CLÍNICA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES» DEL POSGRADO DE LA FACULTAD DE PSICOLOGÍA (UBA). AUTORA DE ARTÍCULOS Y DIVERSAS PUBLICACIONES EN SU ESPECIALIDAD.

En la puerta del aula, una docente de primer grado dice: *«Me dijo la maestra integradora (de Pedro) que Tomás probablemente sea un TGD. Habría que pedir una consulta neurológica... ¿no te parece? Con medicación, probablemente se quede más tranquilo y pueda trabajar mejor».*

En sala de maestros, una maestra de segundo comenta: *«Ya sé qué es lo que tiene Agustín. Se llama ODD, 'Trastorno Opositor Desafiante'. Me lo dijo el pediatra de mis hijos cuando le comenté los problemas que tengo con este alumno. ¿Por qué no te fijas y les recomendás a los padres una consulta con un médico psiquiatra para que vean qué se puede hacer? ¡Así en clase es imposible!»*

Una docente de cuarto grado relata durante una reunión: *«La semana pasada, cuando nos estábamos yendo de campamento, se acercó la tía de Carolina y me dijo que me dejaba unas pastillitas para que le diera media antes de que se fuera a dormir... Si aun así tenía problemas, le podía dar media más. Se las indicó la psiquiatra que la atiende, la misma que mandó ese cuestionario para que llenáramos a principios de año».*

Si a comentarios como éstos, recogidos en una escuela primaria de Buenos Aires, les sumáramos la significativa cantidad de jóvenes adolescentes que cursan la escuela secundaria con diagnósticos del tipo: «Trastorno Antisocial», «Panik Attack», «Trastorno obsesivo compulsivo», «Anorexia», o están medicados con ansiolíticos, antidepresivos o con pastillas para poder descansar porque el médico o la madre les dijeron que estaban muy estresados, estaríamos en condiciones de asegurar que nos encontramos ante un verdadero pro-

blema. Un problema social cuyas consecuencias, a corto o mediano plazo, podríamos calificar como mínimo de alarmantes.

El problema de la «denominación»

Nadie niega que las patologías existan y que deban ser tratadas correctamente. Pero muchos de quienes trabajamos con niños y jóvenes, desde la salud o la educación, sospechamos estar frente a un fenómeno de «diagnósticos rápidos» que parece priorizar la importancia de identificar al conjunto de conductas «desadaptativas» que se observa con un «nombre» que permita ubicar rápidamente al sujeto que las manifiesta dentro de una categoría clasificatoria, en lugar de tratar de entender la naturaleza de ellas. Sin duda, poder «nombrar» es una acción humana que tiende a tranquilizarnos a todos. No saber de qué se trata genera malestar.

Resulta innegable cómo el avance de las ciencias en los últimos tiempos ha contribuido a superar muchas de nuestras inquietudes y a mejorar nuestra calidad de vida. No obstante, en medio de tantos avances –que algunos califican, con razón, de «vertiginosos»– parece haberse perdido de vista la condición humana.

Volviendo a la «nominación científica» y considerando el DSM IV, especie de «libro sagrado de los trastornos mentales» para la comunidad científica mundial, nos preguntamos: en medio de tantos nombres nuevos, de tantas investigaciones de carácter estadístico, de tantas siglas en inglés, descripciones detalladas de síntomas y supuestas etiologías orgánicas: ¿dónde están los sujetos?, ¿qué ha sido de ellos?

En algún lugar del camino, en medio de tantas investigaciones neurocognitivas, psicoendocrinológicas, genéticas, bioquímicas, se han perdido... y, a juzgar por lo que se observa desde las escuelas y consultorios pediátricos, tampoco se puede decir que se estén haciendo demasiados esfuerzos por reencontrarlo.

Preocupados por solucionar rápidamente cualquier dificultad que se presenta, por ex-

plicar cualquier tipo de diferencias que se observe, se apela rápidamente al mencionado DSM IV, un manual estadístico que sólo permite, «a ciencia cierta», identificar lo que nos inquieta con el nombre de un trastorno cuya etiología, en la mayoría de los casos, no deja de subrayarse, resulta aún desconocida.

Sobre la base de esta hipótesis y de la idea de algún «supuesto» compromiso orgánico, se avanza luego y a paso firme en la indicación de tratamientos basados en psicotrópicos y en programas de adiestramiento de la conducta, con el objeto de normalizar rápidamente la conducta infantil irregular.

Inmersos en estos procesos, los profesionales del ámbito de la salud y de la educación parecen, incluso, haberse olvidado de las condiciones propias de la infancia. Parecen no recordar que no se nace sujeto. Que el sujeto se hace. Que a los seis años la personalidad está aún en pleno proceso de construcción. Y no solo el psiquismo, sucede lo mismo en el nivel biológico.

Que en su devenir como sujeto deberá transcurrir primero por un complejo proceso histórico en el que interactuará una serie de factores de carácter biológico, socio-ambientales y psicológicos. El entorno socio cultural, las particulares condiciones de cada familia y de cada escuela a la que concurra, como la modalidad que adopte el tipo de vínculo que cada niño establezca con sus figuras parentales, sus docentes, etc., son algunos de los principales factores que intervienen en estos procesos, además de los de carácter orgánico.

En este sentido, parece necesario recordar que un diagnóstico realizado durante la infancia no puede reducirse a un simple etiquetamiento, más aún al considerar los efectos que dichas etiquetas pueden ejercer sobre cada uno de esos niños. La sigla con la que se lo denomina suele pasar a formar parte de su nombre, casi como un «alias», atravesando los oídos y la mirada de todos aquellos adultos significativos de su entorno. Incluso de sus pares:

- *«Mariano es un ADD. Dijo la tutora que hay que tenerle paciencia. Está medicado pero cuando se le pasa el efecto de las pastillas, se pone muy molesto».*

* Síntesis extractada del texto publicado en la Edición N° 196 de la Revista Novedades Educativas bajo el título ¿Nuevos dispositivos de control de conducta?

- «Durante las pruebas, los profesores tienen que darle tiempo extra y ayudarlo».

- «¿Para mí que es un vivo...! Yo lo veo igual de inteligente que cualquiera».

¿Acaso existe alguna teoría científica acerca de la infancia y la adolescencia que, desde alguna perspectiva, desde algún enfoque, se atreva a afirmar que este tipo de comentarios no afecta seriamente a un niño o a un joven en la medida que impacta de lleno en la construcción de su identidad? La construcción de una identidad no es resultado de cualquier acto de nombramiento. Es un acto de nombramiento que designa una diferencia. En otras palabras, la identidad sólo puede ser comprendida en su conexión con la producción de la diferencia. Y la diferencia no es obviamente una característica natural, un dato visible de la realidad social. La diferencia es siempre un proceso social e histórico vinculado a la significación, es decir, es un proceso social discursivo.

El proceso de producción de la diferencia se juega siempre, además, según señala Derrida, en una oposición binaria, cuyos términos son mutuamente dependientes: negro-blanco; nativo-inmigrante; pobre-rico; vulnerable-invulnerable; excluido-integrado; alumno-desertor, etcétera. Y uno de los términos de esa oposición binaria opera como norma desde la cual se designa la diferencia. El punto es que la diferencia se naturaliza y se hace invisible su existencia dentro de la relación, porque lo «no-diferente», el polo de la relación que está funcionando como norma, se invisibiliza.

El etiquetamiento agravado

Existe la sospecha, sin embargo, de que el gran avance científico que supuso la llegada de los psicotrópicos, en la medida en que éstos contribuyen de manera innegable a mejorar la calidad de vida de los sujetos, comenzó paulatinamente a empañarse a partir del momento en que su «uso» se fue transformando en «abuso» al quedar capturados por el circuito comercial del mercado de los laboratorios.

En esta circunstancia, entonces, resulta válido pensar que las intervenciones terapéuticas de carácter farmacológico pasaron a formar parte de este devenir histórico que se intentó reseñar. De esta manera, parece que no hacen otra cosa más que contribuir a que se perpetúe más de lo mismo, en la medida en que suelen apoyarse en diagnósticos descriptivos y recortados, que no atienden a la singularidad de cada sujeto que padece, sino que, por el contrario, se limitan a «etiquetar el sufrimiento» para favorecer así el incremento de las ventas.

El problema del etiquetamiento, por lo tanto, persiste e incluso se ha profundizado en la actualidad, probablemente, y como se

adelantó, porque entró a formar parte de las lógicas binarias de un mercado que si no incluye, tampoco tolera demasiado la marginalidad. Directamente «excluye», lo que implica, desde distintos puntos de vista: dejar de existir.

Desde esta perspectiva, entonces, resulta comprensible la angustia que genera en padres y maestros el niño que, por manifestar conductas diferentes al resto, el desatento, el hiperactivo, el impulsivo, etc., pone en riesgo su permanencia en la escuela con todo lo que socialmente esto implica.



¿Responderá a esta circunstancia, entre otras, la necesidad casi compulsiva de encontrarles un rótulo gracias al cual poder reubicar a los sujetos rápidamente en el sistema, porque parece intolerable que permanezcan demasiado tiempo cerca del borde... en ese «NI» al que se hacía referencia en la reunión del equipo directivo de la escuela?

Peor aún si consideramos que se trata de un niño o un joven, ya que en ellos, los adultos solemos proyectar nuestras ambiciones, nuestras pretensiones acerca del futuro en relación directa con el grado de satisfacción o frustración con el que nos encuentre el presente.

¿Cómo se juega este fenómeno, entonces, en sectores sociales que ya ocupan un buen lugar dentro del sistema?

Con agua o con fuego, con ingestas variadas o cruentas prácticas quirúrgicas, parece ser que, a lo largo de la historia de la humanidad, las diferencias siempre fueron motivo de inquietud, de temor y de exclusión. Aquellos que no se adaptan a las normas, aquellos cuya conducta se manifiesta como «anormal», «irregular», aunque se trate sólo de niños, han sido siempre objeto de dispositivos dirigidos a mantenerlos «bajo control» dentro del sistema en el que se encuentran inmersos.

Como hemos visto, las «normas» han ido cambiando con las épocas y en función de los diversos paradigmas explicativos utilizados, de la misma manera que han cambiado las ideas de amor, de familia, de persona, de infancia y las formas de «nombrar» a los sujetos y a las cosas.

Lo que perdura, sin embargo, e incluso parece agravado a pesar de los avances científi-

cos, es la tendencia a «etiquetar» y, con ella, a «medicalizar». Resulta probable entonces que, considerando aportes como los de Foucault, haya quienes se pregunten si no estará vinculada al desarrollo de nuevas tecnologías del poder de disciplina, focalizadas en este caso en los niños y jóvenes.

Más allá de la diversidad de significaciones atribuidas a través del tiempo y de sus respectivas justificaciones, desde mágicas y religiosas hasta las actuales, sumamente científicas, no resulta difícil observar en todas ellas un denominador común: un profundo desprecio

por la singularidad de cada sujeto, por su historia y por sus condiciones de vida, que posibilita de esta manera el despliegue de una ideología que regula, ordena, invisibiliza y también hace visible, premia y castiga.

Prácticas que en todos los casos pueden incluso ser calificadas de violentas en la medida en que supongan, de uno u otro modo, «abuso de poder».

Resulta válido, entonces, considerar como posibilidad que fenómenos como el del «etiquetamiento» de niños y adolescentes que se observa con tanta frecuencia hoy en las escuelas, asociados a los de la «patologización y medicalización de la infancia» puedan estar vinculados con «nuevos dispositivos» que sociedades como la nuestra desarrollan para disciplinar a los sujetos, nuevas formas de control de la conducta y de producción de la subjetividad.

Insistimos en preguntamos, entonces, ¿no será ésta una de las maneras que el siglo XXI ha encontrado para regular y homogeneizar, discriminar y dejar afuera?

Queda abierta esta cuestión, al tiempo que parece necesario invitar a los educadores a someter a crítica sus propias percepciones sobre los niños, adolescentes y jóvenes, dado que, de un modo u otro, los nombres, las palabras, las «etiquetas», como hemos visto, producen efectos. No se trata entonces de instruir a los docentes para que sean capaces de identificar rápidamente entre sus alumnos «la diferencia», sino, por el contrario, de propiciar en cada uno de ellos el hábito de cuestionar permanentemente su proceso de producción.

Los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU definen también una agenda para orientar la actividad académica y científica



EDGARDO ABRAMOVICH

PROFESOR ASOCIADO DE ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN Y DE ÉTICA EN LA UCSE Y SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN DEL DABA. CONSULTOR DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO). REPRESENTANTE DE LA FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. DOCENTE INVITADO DEL EURO MEDITERRANEAN UNIVERSITY INSTITUTE/ UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. INVESTIGADOR CÁTEDRA INFORMÁTICA, EDUCACIÓN Y SOCIEDAD, PSICOLOGÍA, UBA.

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas aprobó, en su Asamblea realizada entre el 25 y el 27 de septiembre de 2015, la Agenda 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 (ODS), resultado de dos años de elaboración y consultas públicas, interacción con la sociedad civil y negociaciones entre los países, regirán los programas de desarrollo mundiales durante los próximos 15 años. Al adoptarlos, los Estados se comprometieron a movilizar los medios necesarios para su instrumentación mediante alianzas centradas especialmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables.

La agenda se presenta como una integración sistémica y superadora de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), aprobados a fines de 1999, algunos de los cuales – en particular la reducción a la mitad de la inseguridad alimentaria y de la pobreza extrema – fueron alcanzados por América Latina y el Caribe, la Argentina incluida, antes de su fecha límite de 2015 y antes que el resto del mundo.

Tales logros son atribuidos de modo preponderante –con consenso de expertos, funcionarios y evaluadores independientes– a una combinación entre fuertes políticas sociales de Estado y activas alianzas políticas y económicas regionales y subregionales, que incluyen la defensa irrestricta de la estabilidad institucional, la vigencia del sistema democrático, el respeto de la soberanía popular y la promoción y aseguramiento de los derechos humanos.

Una lectura atenta de los 17 ODS y de algunos de los documentos y expresiones públicas que los acompañan y preceden –tal el caso del mensaje del Papa Francisco en la misma Asamblea de la ONU, del Congreso Mundial de Responsabilidad Social celebrado en Bue-

nos Aires una semana antes, las consideraciones que vienen formulando premios Nobel de Economía como Amartya Sen y Joseph Stiglitz, así como el extenso informe 2014 de Oxfam sobre desigualdades– da cuenta de una nueva mirada sistémica y, también, una perspectiva ética:

Ninguna de las formas de exclusión o vulneración de derechos es «natural» sino producto de decisiones o de omisiones en las políticas locales o mundiales: la pobreza crónica, el hambre, la carencia de agua potable y saneamientos, las desigualdades sociales y de género, las crisis energéticas, la exclusión educativa, **no resultan de una carencia de recursos sino de la disponibilidad y el acceso a ellos**; a la vez, todas estas vulnerabilidades sociales se potencian recíprocamente. Las soluciones en un área crítica apalancan los progresos en las demás.

El caso que mejor patentiza estos desequilibrios es el hambre: casi un 11 por ciento de la humanidad padece malnutrición a pesar de que la producción global de alimentos alcanzaría para dar de comer a 9.000 millones de personas, un veinte por ciento más que la población mundial actual.

En su informe «Estado de la Inseguridad Alimentaria en el Mundo 2015» la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, FAO, da cuenta de los avances en los ODM en general, y en particular de los objetivos de la Cumbre Mundial de la Alimentación de 1996.

Expresa la FAO que «La mayoría de los países que han alcanzado las metas internacionales relativas al hambre disfrutaban de condiciones políticas estables y crecimiento económico, además de políticas de protección social sólidas destinadas a los grupos de población vulnerables. En estos países, el compromiso de luchar contra la inseguridad alimentaria se tradujo en resultados satisfactorios pese a las dificultades que suponían el rápido crecimiento de la población, la volatilidad de los precios de los alimentos, los altos precios de los alimentos y la energía, el desempleo creciente y las recesiones económicas de finales de la década de 1990 y de los años posteriores a 2008»

En similar sentido se expresa la ONU en su síntesis introductoria a los nuevos Objetivos 2030, al resumir de qué modo las políticas ac-

tivas permitieron avanzar en los objetivos iniciales del Milenio:

«La pobreza a nivel mundial sigue disminuyendo.

La cifra de niños que asisten a la escuela primaria es más alta que nunca.

La mortalidad infantil se ha reducido radicalmente.

Se ha ampliado en gran medida el acceso al agua potable

Se han salvado millones de vidas gracias a las inversiones destinadas a combatir la malaria, el SIDA y la tuberculosis»

De hecho, **más de mil millones de personas salieron de la pobreza extrema en 15 años**, lo que es suficiente prueba de la viabilidad de las políticas inclusivas y, al mismo tiempo, de la falacia de la resignación «fatalista»

La universidad y la nueva agenda del desarrollo

Para el mundo académico en general, y las universidades en particular, la agenda de los ODS **reclama y habilita nuevos estímulos a la construcción de conocimiento y a la participación activa de la comunidad educativa.**

Desde el conocimiento, las universidades pueden desarrollar acciones y programas multidisciplinares para el desarrollo humano, el fortalecimiento social, la protección ambiental, el pleno empleo, la vivienda, las energías alternativas, la renovación e integración de los grandes conglomerados urbanos, la calidad del agua, la multiplicación y accesibilidad del transporte y, desde luego la promoción de los derechos humanos.

Desde la participación de la comunidad académica, es posible promover que las actividades de voluntariado y aprendizaje-servicio, tanto curriculares como de extensión, se enfoquen en la asistencia a la agenda de los ODS, particularmente en torno de la obtención de datos de vulnerabilidad en el terreno y en la pedagogía y promoción de derechos en las comunidades más vulnerables.

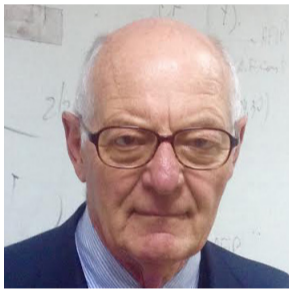
Síntesis de los ODS 2030

1. Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

2. Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos para todas las edades.
4. Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos.
5. Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.
6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
7. Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos.
8. Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.

9. Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación.
10. Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos.
11. Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles.
13. Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (tomando nota de los acuerdos adoptados en el foro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático)

14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible.
15. Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica.
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
17. Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.



SALOMÓN WILHELM

PROFESOR TITULAR DE TEORÍA Y TÉCNICA IMPOSITIVA EN LA UCSE. CONTADOR PÚBLICO, LICENCIADO EN ECONOMÍA Y DOCTOR EN CIENCIAS ECONÓMICAS, UBA. MIEMBRO ACTIVO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES DESDE 1983. MIEMBRO DE LA IFA (INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION), GRUPO ARGENTINO DESDE 1985. PROFESOR DE LA MAESTRÍA EN CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN (U. DEL SALVADOR), Y DEL PROGRAMA DE EDUCACIÓN CONTINUADA DEL CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA CAPITAL FEDERAL EN EL ÁREA TRIBUTACIÓN. AUTOR DE NUMEROSOS ARTÍCULOS E INVESTIGACIONES SOBRE POLÍTICAS TRIBUTARIAS Y COMPORTAMIENTOS DE LOS CONTRIBUYENTES.

La evasión fiscal trae varias consecuencias. La primera, desde luego, es la merma en la recaudación. La segunda es la quiebra de la equidad horizontal. Un contribuyente paga puntualmente sus impuestos y otro los evade. Si no es detectado el evasor, éste se beneficia económicamente frente al contribuyente honesto. A eso lo llama el economista Macon, «quiebra de la equidad horizontal».

Pero hay, además, una tercera consecuencia: la fuga de capitales. ¿En qué consiste esto? Sabemos que uno de los impuestos más evadidos, sino el que más, es el impuesto que grava la renta. La evasión de este impuesto, que en nuestro país se llama «impuesto a las ganancias», genera capitales que no pueden exteriorizarse porque pondrían en evidencia al evasor. Se lo llama vulgarmente «dinero negro». Este dinero queda atesorado, generalmente en las viviendas de los evasores. Si

el importe evadido es importante se busca la forma de enviarlos al exterior, principalmente a países con secreto bancario.

Esto implica un drenaje de capital para el país que sufre la evasión de impuestos. Esa tercera consecuencia de la evasión puede adquirir magnitudes altamente significativas. El Estado, consciente de la situación, busca la forma de revertirla.

En nuestro país se grava la renta desde el año 1932. Entonces se llamaba «impuesto a los réditos» y desde 1974 «impuesto a las ganancias». Existió también un impuesto que gravaba las ganancias eventuales, o sea no habituales, desde 1946 a 1973 y desde 1976 hasta 1989.

Los primeros intentos de atraer los capitales atesorados y fugados se dieron a mediados del siglo pasado. Se estableció el anonimato accionario. Las acciones de las sociedades anónimas se emitían al portador y no individualizaba a los accionistas. De esta manera quien tenía dinero «negro» podía comprar acciones de una sociedad anónima sin individualizarse. Así se buscó atraer a los capitales fugados y atesorados. Cuando el accionista cobraba dividendos tampoco tenía obligación de identificarse.

Esto era una solución a medias. El evasor tenía una oportunidad de canalizar los capitales sustraídos de la actividad económica pero si vendía esas acciones otra vez tenía un capital que no podía justificar.

En 1956 el gobierno «de facto» dictó un decreto-ley por el cual estos evasores podían regularizar su situación pagando un impuesto

extraordinario muy inferior al que tendrían que haber pagado en concepto de impuesto a los réditos. Se justificó esta norma de excepción con razones políticas. Se lo llamó «blanqueo», poner en blanco el dinero «negro» con un impuesto barato. De esta manera el Estado se beneficiaba con un ingreso en concepto del impuesto especial y con un ingreso a la actividad económica de capitales que hasta el momento permanecían ocultos.

Pero la evasión continuó. La fiscalización estatal fue deficiente y la generación de capitales que se ocultaban en los hogares y en el exterior continuó.

Se dictaron varias normas de «blanqueo», llamadas eufemísticamente «de regularización patrimonial», durante los gobiernos «de facto».

La crítica a estas normas era de carácter ético. Los blanqueos, se sostenía, eran una estafa al contribuyente honesto y un premio al evasor. Además, la frecuencia de estas normas estimulaba la evasión en los contribuyentes hasta ese momento honestos.

La sanción de «blanqueos» se ha convertido en una rutina. Fue sancionada por gobiernos constitucionales. En este momento se encuentra vigente un régimen de regularización de capitales, que si bien es parcial, con sus sucesivas prórrogas se ha convertido casi en un régimen permanente.

También, según información periodística, los asesores de los principales candidatos presidenciales tienen en sus carpetas proyectos en este sentido.

Las leyes sobre «Blanqueo»

Síntesis del proyecto de Investigación «La imposición a la renta de las sociedades de capital y los dividendos»

Reflexiones sobre el contrato de depósito y la eliminación del contrato real en el Código Civil y Comercial de la Nación



ESTEBAN CENTANARO

PROFESOR TITULAR DE CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES DE LA UCSE Y DIRECTOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO DE ACTUALIZACIÓN EN CONSUMO EN LA MISMA INSTITUCIÓN. PRESIDENTE DE LA CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO (CABA). DOCENTE DEL POSGRADO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATOS, UBA Y LA MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PATRIMONIAL, UCA. DOCTOR EN DERECHO. AUTOR Y COAUTOR DE LIBROS Y ARTÍCULOS EN LA ESPECIALIDAD.

MARTÍN DEBRABANDERE

PROFESOR ADJUNTO DE CONTRATOS CIVILES EN LA UCSE Y COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO DE ACTUALIZACIÓN EN CONSUMO EN LA MISMA INSTITUCIÓN. PROSECRETARIO LETRADO DE LA CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO (CABA). POSGRADO EN DERECHO CIVIL, UBA. PROFESOR ADJUNTO Y JTP EN DIVERSAS UNIVERSIDADES. AUTOR Y COAUTOR DE LIBROS Y ARTÍCULOS EN LA ESPECIALIDAD.

1) Introducción

Bien es sabido que el Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado importantes modificaciones en materia contractual. Muchas de las reformas o incorporaciones bien han tenido que ver con discusiones y posiciones doctrinarias como así también jurisprudenciales.

Por ello, nos disponemos en este breve ensayo a efectuar algunas referencias y reflexiones respecto del contrato de depósito con una mención particularizada respecto de la ausencia de los contratos reales como categoría existente bajo el viejo sistema de Vélez Sársfield.

Para así comenzar, hemos tenido oportunidad de referir que el depósito, desde sus orígenes, ha sido vinculado a una función social. Es una antigua institución que surgió con el derecho de propiedad, ante la eventualidad de tener que abandonar temporalmente una cosa sin renunciar por ello a su dominio.

Originalmente, se utilizó la figura con motivo de la participación en guerras o viajes para luego, con su evolución, erigirse como un importante negocio en el marco de las transacciones comerciales.

Explica Lorenzetti, que el depósito fue contemplado en las leyes de Manú, el Código de Hammurabi y en el Derecho romano donde obtuvo precisión técnica.

En el Derecho romano y como acontecía bajo el Código de Vélez, se admitía el negocio como un contrato real que se conformaba

con el consentimiento de las partes (depositante y depositario) y la entrega efectiva de un bien (originalmente mueble). Sólo una vez que el bien era recibido por el depositario se perfeccionaba el contrato y nacían las obligaciones propias.

En Roma además del depósito entendido como acto de confianza y amistad por el cual un amigo o vecino cuidaba –gratuitamente– de uno o más bienes muebles de otro en oportunidad de alguna circunstancia como un viaje o cuando sus dueños iban a la guerra, existía un depósito necesario, otro irregular y, finalmente, el secuestro. El depósito necesario (o miserable) se conformaba en oportunidad de un desastre natural como una inundación, incendio o similar y donde el depositante, apremiado por las circunstancias decidía dejar en manos de otro sujeto que aceptaba el cuidado del bien. Caracterizaba a este tipo de contrato que de no existir una situación extrema no habría dado la cosa en depósito y, si así lo decidiese la elección del depositario se haría en un marco de total libertad, aspecto que definitivamente no ocurría.

El depósito irregular, se caracterizaba por resultar objeto cosas fungibles cuya restitución residía en otras de igual cantidad, calidad y especie.

El secuestro, en cambio, se plasmaba en oportunidad de un litigio a fin de resguardar las cosas que formaban parte de un pleito.

Como hemos tenido oportunidad de referir, depósito deriva del verbo *ponere* que involucra el hecho material de la entrega de una cosa en manos de otra (sea por razones de garantía, disfrute, custodia, etc.).

Actualmente, se trata de un contrato celebrado entre dos partes, el depositante, persona física o jurídica que ha de transferir la cosa y el depositario, sujeto que se obliga a recibir la cosa, cuidarla, guardarla y restituirla al final del negocio o a requerimiento del depositante, principal interesado del negocio (sobre todo en el supuesto del depósito gratuito).

Es en esta línea que el nuevo Código Civil y Comercial establece: «Hay contrato de depósito cuando una da las partes se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos» (art. 1356).

2) Caracteres del contrato

En primer término, cabe puntualizar que nos encontramos frente a un negocio «bilateral» donde se advierte la existencia de obligaciones recíprocas. Así el depositante se obliga a entregar la cosa; el depositario a recibirla, guardarla y restituirla en el momento oportuno contra el pago de precio (en la medida que sea oneroso).

Correlativa de su primera característica, aparece la presunción de «onerosidad» del depósito. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1357 del CCC, el depósito se presume oneroso. Ello, en función de la ventaja que las partes persiguen en función del sacrificio al que se someten.

Cabe destacar que para el Código de Vélez, el depósito civil era esencialmente gratuito, se fundaba en sus orígenes en el Derecho romano donde la confianza y la amistad eran aspectos centrales que llevaban al depositario a asistir al depositario ante una necesidad concreta. Actualmente dicha «gratuidad» debe pactarse expresamente puesto que de lo contrario cabría admitir la presunción prevista en la norma antes referida. Por otra parte, el contrato no se ajusta a formalidad alguna por lo que cabe concluir en su carácter «no formal» y la amplitud de la autonomía de la voluntad o también «libertad de contratación».

Por tanto, podrá plasmarse por escrito bajo cualquier modalidad o, incluso, de modo verbal.

Correlativa de dicha característica aparece la libertad en materia probatoria. Aun cuando el art. 1019 del CCC restringe el medio de testigo para aquellos negocios que resulta costumbre instrumentar (donde podría caber el depósito), lo cierto es que resultará un medio preponderante tratándose de un depósito necesario (o forzoso) como se verá un poco más adelante ante la necesidad imperiosa de recurrir a alguien en la emergencia y la prácticamente imposible o, al menos, dificultosa tarea de instrumentación.

Asimismo, en la medida que se trate de un negocio en que las ventajas y pérdidas pueden presumirse conocidas por las partes desde el nacimiento del contrato por lo que deviene su carácter «conmutativo».

Aunque no se involucre en todos los casos, en principio, resulta un contrato de «dura-

ción». Pues, el cuidado de una cosa, por lo general, tendería a extenderse en el tiempo.

También, se vincula a un negocio «nominal» ya que goza de regulación legal en el Código Civil y Comercial.

3) El fin del contrato real

Mientras rigió el Código de Vélez, existían contratos «consensuales o reales». La presente clasificación fue anunciada, definida y concretada por el Codificador en los arts. 1140 (anuncio de ambas categorías y definición de consensual), 1141 (concepto de real) y 1142 (enumeración –no taxativa– de los contratos reales: mutuo, comodato, depósito, constitución de prenda y de anticresis) de su obra.

De acuerdo, entonces, con lo normado en el primero de ellos, sería consensual aquél contrato que, sin perjuicio de lo establecido respecto de su forma, quedase concluido para producir sus efectos propios desde el momento en que las partes hubiesen manifestado recíprocamente su consentimiento. En los reales, por su parte, el contrato no podría tenerse por concluido hasta que una parte no hubiese entregado a la otra el objeto del mismo (art. 1141 del CC); ante la falta de dicha dación nos encontrábamos, en consecuencia, ante una mera promesa aceptada de contrato real –denominación dada por el Código Civil en su art. 2244–, pero no ante el contrato propiamente dicho.

A partir de ello podía concluirse que, para que existiese contrato real debía prestarse el consentimiento y, además, haberse entregado la cosa que constituya su objeto. Dicha dación, aclarábamos, se efectuaba no para extinguir una obligación nacida de aquél, sino todo lo contrario: para que se perfeccione el vínculo contractual. Dicho en otras palabras, la entrega era *contrahendi* causa (para el perfeccionamiento del contrato) y no *solvendi* causa (es decir, para su cumplimiento).

Sin embargo, años atrás adelantábamos que en la legislación comparada moderna el presente criterio clasificatorio tendía a desaparecer y los contratos tendían a ser todos consensuales.

Es en esta línea que el Código Civil y Comercial ha erradicado esta categoría sosteniéndose, entonces, que todos los contratos serán «consensuales». Es decir, sólo perfeccionados a partir del acuerdo de partes.

4) Los elementos esenciales en el depósito

Como en todo contrato, se requerirá del «consentimiento», es decir, del acuerdo o fusión de voluntades en una única o singular. Deberá necesariamente existir –internamente– discernimiento, intención y libertad; por otro lado, también se requerirá de la exteriorización de tal voluntad.

Podrá ser «objeto» de depósito las cosas muebles e inmuebles. Con relación a los últimos, no nos quedan dudas de que si un sujeto decide hacer un viaje y colocar su departamento al cuidado de un vecino bastará con el acuerdo para que el depositario deba guardar de la cosa.

Vinculado al elemento esencial «causa», está conformada por la guarda onerosa o gratuita de la cosa. Como expusiera Lorenzetti, es un elemento categorial y calificante de las operaciones jurídicas, por lo que todos los negocios que involucren este motivo determinante como finalidad configuran el depósito.

5) Clases de depósitos: voluntario y necesario

Según el art. 1356 del CCC, el depósito es voluntario «... cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos».

Como hemos expuesto, el depósito «voluntario» se contrapone al «necesario» o también llamado por la doctrina «forzoso». En el primero la libertad del depositante para elegir al depositario es un elemento distintivo. En efecto, en el necesario o forzoso, el depositante se encuentra urgido por alguna circunstancia especial (ejs. guerra, terremoto, incendio, naufragio, etc.) y hay una «limitación» de la voluntad para la elección del depositario puesto que en el marco de la premura el depositante debe recurrir a alguien que pueda asistirlo en el cuidado de su o sus bienes.

El depósito voluntario, además, se subclasifica en «regular» e «irregular». Hemos dicho que la sección 2ª del Capítulo II del Código Civil y Comercial sólo regula al depósito irregular, por tanto, debe entenderse que no configurándose el supuesto previsto por el art. 1367 del CCC se entenderá como regular.

El depósito regular se constituye a partir de bienes muebles no fungibles o inmuebles, donde culminado el contrato deben restituirse las mismas cosas recibidas. Cabe destacar que, como principio general, lo otorgado no podría ser objeto de uso por el depositario pero nada impide que exista una autorización para ello.

Tratándose de un depósito irregular, el negocio tiene por objeto las cosas fungibles y que al mismo tiempo representan una equivalencia entre sí (art. 1367 del CCC). En este caso, el depósito degenera, como el usufructo imperfecto o incluso el mutuo, que solamente dan lugar a sustituir esos objetos por otros idénticos.

Así del artículo previamente mencionado se desprende que «Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad.

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo».

Alguna otra precisión que cabe destacar se vincula con las cosas fungibles «que no se encuentren en saco cerrado». Dicha expresión responde a un tratamiento que con mayor precisión Vélez Sársfield había efectuado en el Código Civil. Allí se puntualizaba en el art. 2188 sobre la figura del depósito voluntario frente a los supuestos del bulto sellado, el saco o la caja cerrada con llave. En estos supuestos, resulta claro que si se entregan cosas fungibles como podría ser dinero, nuestra conclusión sería inmediatamente que se trataría de un depósito voluntario irregular. Sin embargo, si el dinero es entregado en una caja con un candado, en un maletín con combinación de seguridad, etc. y no se nos entrega la llave o los datos de la combinación, se transforma automáticamente en un depósito regular. Sólo podríamos cuidar ese maletín o caja y luego devolverlo ya que no podríamos utilizar o consumir el efectivo por no tener los medios de acceder a él.

Tampoco quedan dudas de que si recibimos dinero en una caja, bolsa, maletín y se encuentra sin llave o sí están cerrados y se nos entrega la llave o combinación estaríamos frente un depósito irregular.

6) Obligaciones de las partes

Obligaciones del depositante

Existe una obligación de «entrega» de la cosa por parte del depositante. Además, se establece que éste debe efectuar el reembolso de los gastos razonables en que incurra el depositario para la custodia y restitución (art. 1357 del CCC).

En cuanto a las mejoras útiles, pensamos que procede el reembolso del mayor valor creado, pues de otra manera habría enriquecimiento sin causa, tantos estos, como en los gastos necesarios, pensamos que deben restituirse teniendo en cuenta la depreciación monetaria.

Las mejoras voluntarias no son reembolsables, pero el depositario tiene el derecho de rentarlas siempre y cuando no lesione la cosa depositada.

Por otra parte, el depositante tiene la obligación correlativa de recepción frente a la restitución.

En caso de ser oneroso, el depositante deberá el pago del precio.

Obligaciones del depositario en el depósito regular

La guarda de la cosa y del secreto.

La primera constituye una obligación primordial que surge de la ley y sobre la que se funda la libertad contractual ante un concreto

interés de las partes. En tal sentido, no sólo el depositario debe la «diligencia debida», sino los actos indispensables, las medidas urgentes, debiendo aviso al depositante de lo que debe efectuarse para conservar la cosa.

El art. 1358 del CCC prescribe que «El depósito debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión. No puede usar las cosas y debe restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido».

La obligación de custodia, tiende a la conservación o cuidado de la cosa. Asimismo, podría fijarse modalidades o formas de custodia conforme lo prevé el art. 1362 del CCC.

Si se tratase de la entrega de cosas fungibles en cajas, bultos, maletines, etc. todos ellos cerrados y sin acceso al contenido, constituye un depósito regular en el que el depositario debe guardar secreto de lo entregado.

El no uso.

La obligación de guarda impide, en principio, la posibilidad de utilizar la cosa que sólo debe ser cuidada (art. 1358 del CCC). Lógicamente se trata de un depósito voluntario regular, porque ello se descartaría en el irregular ya que en él, la parte depositaria puede consumir las cosas y luego restituir igual cantidad, calidad y especie de la cosa fungible recibida.

La devolución

El depositario cumple finalmente su prestación restituyendo la cosa. Debe «... restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido» y en el lugar en que debía ser custodiada (art. 1361 del CCC), salvo estipulación en contrario.

La devolución debe hacerse al depositante o a quien éste indique en el estado que fue entregada. Si se conviene un plazo, se presume que lo es en favor del depositante. Pero si el depósito es gratuito, el depositario puede exigir del depositante, en todo tiempo, que reciba la cosa depositada (art. 1359 del CCC).

Con relación a esta obligación, el Código Civil y Comercial analiza el supuesto de pérdida de la cosa. En tal sentido se prescribe que «Si la cosa depositada perece sin culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante» (art. 1364 del CCC).

En caso del fallecimiento del depositario antes de efectuar la restitución de la cosa, serán sus herederos quienes deberán hacer efectiva la devolución.

Cabe aclarar que ante el fallecimiento del depositario, si los herederos, de buena fe, llegasen a enajenar la cosa cuyo depósito ignoraban sólo deben restituir el precio recibido al depositante. Así lo prescribe el art. 1366 del CCC.

Obligaciones del depositario en el depósito irregular

Al involucrar una cosa fungible, se transmite su dominio. Por tanto, su utilización está im-

plícita al poder consumirse y la obligación reside en devolver la cosa en igual calidad y cantidad (art. 1367 del CCC).

También se aplican las pautas ya mencionadas para el supuesto de depósito regular como en el caso de tiempo y lugar.

7) Particularidades del depósito necesario

Como se adelantó, en el depósito necesario o forzoso el depositante no puede elegir libremente la persona del depositario. Se observa en situaciones imprevisibles, caso fortuito, fuerza mayor, que llevan a la necesidad de dejar en custodia una o más cosas en manos de otro sujeto.

También se configura el supuesto necesario cuando los pasajeros ingresan sus pertenencias a hoteles o establecimiento o lugares asimilables (restaurantes, clínicas, sanatorios, gimnasios, casas de deporte etc.).

Éste se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial en los arts. 1368 a 1375.

Así en el art. 1368 se expone que «Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros».

Con relación a la norma incluida en el Código Civil y Comercial, se advierte que no se identifican los supuestos o acontecimientos que habilitarían el nacimiento del depósito necesario. Cabe recordar que los arts. 2187, 2227 y 2228 del Cód. Civil (ley 340) establecían algunos casos (aunque no de modo taxativo) al referir a desastres como incendios, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, en ocasión de peligro o supuestos de fuerza mayor.

Si bien dichas circunstancias no son abarcadas por las normas del depósito en el nuevo Código Civil y Comercial, entendemos que son ejemplificativas y se mantienen vigentes habilitándose la incorporación de otras situaciones similares que sometan a las personas a necesidades imperiosas de dejar sus pertenencias en manos de terceras personas para su cuidado. Cabe precisar, asimismo, que la mera dificultad de elección del depositario no lo transforma al contrato en necesario.

El supuesto de los hoteles

Según el art. 1369 del CCC, el depósito en los hoteles tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquellos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos.

Como se advierte de la norma, especialmente se regula la introducción de efectos a hoteles aunque rige para todo tipo de establecimientos de alojamientos (posadas, cabañas,

etc.). Esta amplia visión, ha sido actualmente extendida a otros establecimientos y locales asimilables. El art. 1375 del CCC prevé que «Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso...».

A partir de la introducción de los efectos de los viajeros, el hotelero debe responder frente a este por los daños y perjuicios sufridos en los bienes llevados al hotel (equipaje, vestimenta, computadora personal, teléfono celular, etc.) así como también respecto de vehículos que se guarden en el establecimiento o lugares dispuestos a tales fines (auto, moto, etc.).

Si bien no lo precisa el art. 1370 del CCC que prescribe en materia de responsabilidad, el hotelero es responsable además por sus dependientes y terceros (ej. proveedores) aunque encontramos adecuado mantener excepciones, como preveía el Código Civil (ley 340), con relación a familiares del pasajero y eventuales visitantes que el viajero permita el ingreso a la habitación. Sí se agrega en el Código Civil y Comercial que el hotelero no responderá frente a daños causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera, como tampoco de los objetos dejados dentro de los vehículos de los viajeros (art. 1371 del CCC). La carga probatoria de estos supuestos de exoneración quedará en cabeza del depositario.

Debe mencionarse que la responsabilidad de los dueños de hoteles es contractual objetiva por lo que no pueden eximirse mostrando su falta de culpa, sólo podrán eximirse demostrando –básicamente- el caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, cabe la aclaración para aquellos bienes de un alto valor y que no suelen, de modo ordinario, ingresarse a los hoteles. Si bien la ley no prevé que como huéspedes hagamos un inventario y exhibamos todos nuestros efectos personales al hotelero, sí admite un supuesto especial para las «cosas de valor». Se prescribe en el art. 1372 del CCC que «El viajero que lleve consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros debe hacerlo saber al hotelero y guardarlos en las cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el establecimiento. En este caso, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado de los efectos depositados».

En tal sentido, no deberemos declararle al hotelero que ingresamos con una cadena de plata y un pequeño anillo de oro. Sin embargo, si llevamos una costosa colección de alhajas o una alta suma de dinero (ej. con motivo de un viaje de negocios) la norma exige colocarlo en conocimiento del depositario a fin de que evalúe su recepción y, en caso de aceptarlos, pueda tomar todos los recaudos adicionales como, por ejemplo, disponer de



una caja de seguridad si el establecimiento contara con ella.

Si esta declaración no la hiciese el depositante, habilitaría la eximición de responsabilidad del depositario a quien la ley no exige su responsabilidad para elementos de excesivo valor. En tal sentido, en el art. 1373 del CCC, se expresa que «Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraordinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlos».

También deben guardar los hoteleros los vehículos en los que se movilen los pasajeros y que coloquen bajo la custodia del depositario. Lo que resulta lógico y esperable aunque no compartamos la exclusión de responsabilidad por eventuales objetos dejados en éstos.

Cláusulas abusivas y nulas en hoteles y supuestos asimilables

La ley es clara en cuanto a que toda cláusula contractual, cartel, anuncio o disposición que tienda a limitar la responsabilidad del hotelero depositario será de ningún valor. Es así

como establece que «... toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita» (art. 1374 del CCC). En consecuencia, aun cuando el pasajero firme un instrumento al ingresar a un hotel y consienta algún tipo de limitación o situación que excluya de responsabilidad al depositario no tendrá virtualidad alguna. Se considerará este precepto de orden público por lo que no será disponible para las partes. Existe, claramente, una voluntad del legislador de que no se produzcan abusos o excesos por parte de depositarios y que, en consecuencia, estipulen cláusulas exonerativas que impongan al viajero aceptar.

8) La extinción del contrato de depósito

El depósito llega a su fin por cumplimiento del plazo si se ha fijado. También podría existir un plazo tácito si este no ha sido pactado expresamente pero la devolución depende de alguna circunstancia como el depósito de una cosa mientras dure un viaje del depositante.

Finaliza también por pérdida de la cosa o por rescisión unilateral, bilateral, resolución

y confusión (de las condiciones de depositante y depositario).

Bibliografía

Arias Cáu, Esteban J. – Nieto, Matías L., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T° IV, dirigido por Rivera, Julio C. – Medina, Graciela, La Ley, Thomson Reuters, La Ley, 2014.

Centanaro, Esteban, *Contratos. Parte general*, Educa, Buenos Aires, 2008.

Centanaro, Esteban, *Manual de Contratos*, Thomson Reuters – La Ley, 2015.

Gastaldi, José María – Centanaro, Esteban, *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1998.

Esper, Mariano, *Manual de Contratos Civiles y Comerciales. Parte Especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

Lorenzetti, Ricardo L., *Contratos. Parte Especial*, T° II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

**MARCELO A. LENCINA**

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CIVIL DE LA UCSE.
 ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO DE DAÑOS (UBA).
 PROFESOR ADJUNTO DE OBLIGACIONES CIVILES Y
 COMERCIALES EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA.
 AUTOR DE ARTÍCULOS DE DOCTRINA Y LIBROS ESPECIALIZADOS EN EL DERECHO DE DAÑOS.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula la cuestión del ejercicio de los derechos a la salud y los menores de edad. El artículo 26 dice:

«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».

Este artículo contiene varias innovaciones que receptan la adecuación del derecho interno con el marco internacional.

Corresponde diferenciar los estadios de minoridad que contempla el CCyC conforme el mismo cuerpo legislativo lo hace en su artículo 25:

«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 ejercicio de los derechos a la salud y los menores de edad en el Código Civil y Comercial de la Nación

Siguiendo la normativa internacional el Código diferencia a los menores de edad en niños y adolescentes, según hayan cumplido los trece años o no. Esta edad de trece años importa una presunción de madurez a los fines del ejercicio de los derechos a la salud de los menores.

Es dable remarcar que este código introduce una modificación en cuanto a la edad en la que se entiende se adquiere el discernimiento, con respecto al Código Velezano. En el anterior régimen la edad en la que el sujeto adquiere el discernimiento para los actos lícitos era a los 14 años. Actualmente, conforme el inciso c) del artículo 261 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».

Concepto de adolescente

Según la Dra. Susana Pineda Pérez, la adolescencia es una etapa entre la niñez y la edad adulta que cronológicamente se inicia por los cambios puberales, y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones.¹

En cuanto a la edad en la que se pasa de la niñez a la adolescencia, si bien no hay normativas internacionales que la establezcan, la Organización Mundial de la Salud la fija entre los 10 y los 19 años de edad.²

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se dijo: «El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como «edad y grado de madurez», la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previs-

tas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora «el adolescente», adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.³

Si bien en los fundamentos del Proyecto del Código no se da cuenta de por qué la edad de los 13 años marca el inicio de la adolescencia, entiendo que conforme el grado de madurez medio el legislador ha optado por establecer una edad genérica a los 13 años, como el comienzo de la adolescencia.

Ya existía como precedente que diferenciaba a los niños y a los adolescentes la ley 26.061 denominada «Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes». Esta norma, en su artículo 1, tiene como objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

A nivel extranjero el Código de la niñez y la adolescencia de la República Oriental del Uruguay también sigue el criterio de nuestro Código Civil y Comercial y en su artículo 1 dice: «El Código de la Niñez y la Adolescencia es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.»⁴

¹ Recuperado de http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/prevemi/capitulo_i_el_concepto_de_adolescencia.pdf

² Recuperado de http://www.who.int/topics/adolescent_health/es/

³ Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁴ Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/URY/Anexo%201_18840_S.pdf

Ejercicio de los derechos de la salud en los adolescentes

Derechos del niño y adolescente a ser oídos

Silvina Andrea Alonso afirma que el derecho del niño a ser oído establece la posibilidad de que el niño se exprese en cualquier especie de proceso en el cual esté en juego la afectación a sus intereses, ésta misma, en concordancia con el statu quo especial del que gozan los niños, niñas y adolescentes, debería verse como una instancia de diálogo entre el menor y la autoridad que requiera la presencia del mismo, revestida de un procedimiento especial, con el fin de evitar consecuencias estigmatizantes para el niño, niña y/o adolescente.

El Código civil y Comercial al establecer la diferencia entre niños y adolescentes también regula diferentes efectos jurídicos entre ellos, y justamente los adolescentes pueden decidir por sí respecto de tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida.

Es decir que la nueva normativa va de la mano con la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 12 dice:

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional».

Asimismo, la ley 26.061 en su artículo 3 consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y establece que su opinión sea tenida en cuenta. También en su artículo 24 la mentada ley afirma:

«Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo».

Una gran cantidad de disposiciones del Código Civil y Comercial exigen recabar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, agregándose que esta manifestación debe ser valorada de conformidad con la edad y el grado de madurez. En consonancia con el principio de autonomía progresiva se recepta la siguiente relación inversamente proporcional: «a mayor desarrollo madurativo dismi-

nuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos» (conf. artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061). En concordancia con la normativa internacional no se establece una edad para que los niños sean escuchados, siendo ésta un elemento a ser tenido en cuenta sólo a los fines de la valoración.

Aquí se abre una disquisición en cuanto a si es lo mismo escuchar y oír. En su última visita a la República de Bolivia el Santo Padre Francisco remarcó en su discurso la diferencia entre escuchar y oír.⁵ Aunque oír y escuchar parecen ser lo mismo, no lo son en lo absoluto ya que uno puede oír sin escuchar. Para escuchar algo debemos tener activados otros sentidos, pues supone entender lo que estamos oyendo. El oír es un acto involuntario, mientras que el escuchar es un acto intencionado.

Marcada esta diferencia, las normativas citadas disponen oír y escuchar, aunque en la práctica judicial solo se oiga sin escuchar a los menores.

Muy interesante resulta la película danés «La Caza», donde la trama consiste en un inquietante drama que explora la naturaleza humana, de cómo una mentira (en este caso, un presunto caso de pedofilia falso) es utilizado para manchar la reputación intachable de un buen ciudadano de una comunidad específica. La alarma social que causa la noticia en la sociedad, provoca que sus integrantes se sumen a una campaña de linchamiento público y de estigmatización del individuo en cuestión, sin necesidad de juicio previo que demuestre la culpabilidad o la inocencia del reo. El protagonista irá entrando en un proceso de alienación extremo y un hombre inocente se verá llevado hasta un auténtico infierno en vida. Durante el transcurso de la película todo el tiempo la niña denunciante es interrogada por los mayores, que nunca la escuchan. Solo oyen sin siquiera escuchar lo que tiene para decir.

Más allá de la letra de la ley, hay que analizar su sentido. Como ya se ha señalado precedentemente toda la normativa internacional hace foco en la participación de los niños y adolescentes en la toma de decisiones que les conciernen. Así, el derecho a la escucha fue especificado en el plano convencional internacional por medio de la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser oído. Para la OG 12/2009, 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. Dice así la Observación: «... El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de ex-

presar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente...». Según la Observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído. Así, «... los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (...) el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan...» (párrs. 19 y 21).⁶

En el marco local, la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud: «Artículo 2°. Derechos del Paciente. (...) e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...». El Decreto reglamentario 1089/2012: «Artículo 2. (...) e) Autonomía de la voluntad. (...) Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061...».

La ley 26.743 de Identidad de Género: «Artículo 5. Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho

⁵ Recuperado de <http://www.franciscoenbolivia.org/uncategorized/papa-francisco-pide-a-la-vida-religiosa-en-bolivia-escuchar-el-clamor-y-el-dolor-del-pueblo/>

⁶ Recuperada de <https://reddedalo.wordpress.com/2012/12/17/observacion-general-no-12-2009-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>

(18) años de edad la solicitud de trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los derechos del niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño previsto en el art. 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes».

La ley 26.657 Nacional de Salud Mental: «Artículo 26. En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos».

Ahora, respecto de los adolescentes entre 13 y 16 años ya no se habla solo de oírlos (en el sentido de escucharlos) sino que pueden decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida. Sin embargo, el legislador ha omitido definir lo que configura un tratamiento «no invasivo». Se ha dicho que los procedimientos no invasivos no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter y un ECG. Ahora bien, si el médico suministra una píldora que ingresa al cuerpo del menor, ¿se trata de un tratamiento invasivo? En ese caso, ¿el menor podría decidir por sí o se requiere el consentimiento o asentimiento de sus padres?

Hay varios factores que el Código Civil y Comercial toma para determinar el ejercicio por sí de los derechos de la salud respecto de los menores. Por un lado, la capacidad progresiva, esto quiere decir que no es lo mismo el grado de comprensión y madurez de un niño de 3 años que uno de 15 años.

Otro factor determinante es el grado de madurez mental suficiente para decidir por sí, y por último la edad que establece el legislador de 13 años.

Entiendo que si bien el Juez tiene que escuchar al niño, ello no implica que tendrá que cumplir acabadamente la voluntad del menor,

pues siempre tendrá que actuar en el interés superior del menor y fundamentará su decisión en lo que entiende que en ese caso importa el interés superior. Claro que deberá explicar por qué se aparta de la decisión del menor cuando ello, a su criterio, no sea lo mejor para aquél.

La otra situación que presenta el Código Civil es la del adolescente mayor de 16 años al cual se considera como adulto en lo atinente a la toma de decisiones respecto del cuidado de su propio cuerpo. Dice el Dr. Gustavo Caramelo que: «Se privilegia la autonomía individual del sujeto por sobre la autoridad parental. Más allá de la proyección a otras áreas de la salud y de los derechos personalísimos, la determinación de la edad indicada tuvo en consideración la necesidad de proporcionar a los chicos respaldo jurídico para el ejercicio de su autonomía personal en materia de salud sexual y reproductiva –algo ya establecido en el ámbito de la bioética y discutido en la jurisprudencia occidental a partir del conocido caso «Gillick», fallado en 1985 por la Cámara de los Loes de Gran Bretaña–, posibilitándoles requerir información y asistencia fuera de la, en ocasiones admonitoria, mirada de los padres».⁷

Jurisprudencia en Inglaterra

El caso Gillick de 1985, decidido por la Cámara de los Loes, marca un hito. En Inglaterra había comenzado a plantearse el problema de la distribución de anticonceptivos a personas que no habían llegado a los 16 años.

En diciembre de 1980 el Departamento de Salud de Inglaterra emitió una circular dirigida a las autoridades sanitarias a fin de hacer saber a los médicos que fueran consultados por una menor que no hubiera cumplido 16 años, que no sería ilegal prescribir anticonceptivos a la niña para protegerla contra los efectos perjudiciales de las relaciones sexuales. La circular agregaba que aunque un médico, en principio, debe actuar en materia de asesoramiento y tratamiento con métodos anticonceptivos a pacientes menores de 16 años con consentimiento de los progenitores y debe intentar persuadir a la niña en cuanto a hacerlos partícipes, se acepta que las consultas entre médicos y pacientes son confidenciales. Añadía que el principio de confidencialidad entre el médico y el paciente es aplicable a la menor de 16 que requiere anticonceptivos y que abandonar este principio puede dar lugar a que no pidan consejo profesional alguno, con la posibilidad de exponerse a los riesgos inmediatos de embarazo y transmisión de enfermedades sexuales, además de otras consecuencias físicas, psíquicas y emocionales a largo plazo que también configuran

⁷ Recuperado de <http://www.infojusnoticias.gov.ar/opinion/los-adolescentes-deciden-sobre-su-salud-en-el-proyecto-de-codigo-civil-82.html>

amenazas a la vida familiar estable. Además, algunos jóvenes están lejos de sus progenitores. Por ello, se indicaba que en casos excepcionales el médico puede recetar métodos anticonceptivos a pacientes menores de 16 años sin informar a los progenitores ni obtener su consentimiento, si de acuerdo al criterio clínico profesional es conveniente recetar los anticonceptivos.

Victoria Gillick, la actora en este caso, era una madre de cinco hijas menores de 16 años, quien a principios del 1981 envió una carta donde intentó obtener seguridades de la autoridad sanitaria en el sentido que a las niñas no se les recetarían anticonceptivos sin su conocimiento y consentimiento. La autoridad se negó a dar tal tipo de garantías pues la decisión de prescribir anticonceptivos sin informar a los progenitores debía tomarse de acuerdo al criterio clínico del médico involucrado en el tratamiento. En consecuencia, la actora se presentó ante los tribunales a fin de obtener la declaración pretendida. En última instancia, la Cámara de los Loes decidió que un médico en el ejercicio de su criterio clínico puede prescribir anticonceptivos a una menor de 16 años sin el consentimiento de sus progenitores porque constituye el ejercicio de buena fe del criterio profesional en el mejor interés de su paciente. La decisión determina además que los derechos de los progenitores existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes; que el derecho de los progenitores a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta. Las condiciones que deberían darse se basan en ciertos criterios tales como la madurez, el entendimiento y una evaluación del mejor interés del menor.

La cuestión en la jurisprudencia Chilena

Con fecha 7 de abril de 2009 la jueza de Familia de Valdivia resolvió una medida de protección interpuesta mediante oficio dirigido a ese Tribunal y suscrito por la respectiva médico tratante, relativo al menor de once años R.L.G.N. aquejado por una recaída, ahora adicionalmente con cáncer testicular, de una Leucemia Linfoblástica Aguda. Aunque el oficio en cuestión no resultaba claro en cuanto a expresar en concreto cuál era la medida de protección que se pedía, pudiendo inferirse que se trataba de ubicar a la madre para que ejerciera la opción de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevivida de un 40%, la jueza a quo entendió que, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resultaba jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se planteaba a la madre.

En la audiencia respectiva, el Tribunal de Familia constató que la madre rehusaba someter a su hijo al tratamiento médico que se ofrecía, por cuanto este le aseguraba «escasas posibilidades de sobrevida y su práctica le significará a su hijo enormes padecimientos, que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007». Por otra parte, la médico tratante expuso que, omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño era inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevida eran de un 40%.

La sentenciadora a quo razonó que, en definitiva, la opción que se planteaba era o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que podía ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece, y concluyó que, enfrentados a esa opción, debía privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de ella, considerando que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los tribunales con tal competencia, «exige el amparo de esta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles. Con ello, terminó resolviendo acoger la medida de protección, disponiendo que debía practicarse al niño el tratamiento que la ciencia médica aconsejara para salvaguardar su vida.

Tal medida fue apelada por la madre del menor, y con fecha 14 de mayo de 2009 la Corte de Apelaciones de Valdivia revocó la medida de protección antes descrita, consagrando jurisprudencialmente en Chile la tesis que el paciente, aún menor de edad, puede legítimamente negarse a recibir una terapia o tratamiento desproporcionado o con pocas garantías de efectividad.

Entre sus fundamentos la Corte de Apelaciones sostuvo que en la primera instancia no se había tenido en cuenta la opinión del menor. Se dijo en dicho fallo que es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño once años de edad, y habiendo vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fuera nada más que para una mejor ilustración, debió

consultarse su parecer. Así lo dispone, desde luego, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se tuvo en cuenta el interés superior del menor y su garantía de ser escuchado, ello además de la desproporcionalidad entre el tratamiento propuesto y los beneficios que se esperaban del mismo.¹

Conclusión

La Convención de los Derechos del Niño, las diferentes leyes locales, las doctrinas actuales en la materia permiten concluir que existe un mayor reconocimiento de la voluntad y autonomía del menor que incide no solo en el ámbito familiar sino también en diferentes aspectos de su desarrollo y que le brindan a los menores la posibilidad de tomar decisiones que tiempo atrás solo estaban en cabeza de los mayores responsables.

La capacidad del menor, que configura el alcance de su autonomía, no constituye una categoría absoluta y varía en función del tiempo, del lugar, y de su contexto familiar. La incidencia de la tecnología en nuestros tiempos determinará un mayor desarrollo de la capacidad intelectual de los niños que tienen acceso a ella respecto de aquellos marginados de los avances tecnológicos.

Una de las cuestiones radica en la determinación de la capacidad del menor en la toma de decisiones que pueden ser trascendentales en su vida. La otra cuestión es si el profesional de salud debe y está en situación de determinar esa capacidad en función de la presunta madurez mental del paciente menor. Hablo

↔ Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200008&script=sci_arttext

de «profesional de la salud» para referirme no solo al médico sino a enfermeros, técnicos, licenciados, psicólogos, etc.

El criterio dinámico para determinar la capacidad del menor para decidir respecto de tratamientos no invasivos genera inconvenientes al trasladar la concepción de la ley a nuestro sistema sanitario público que adolece de una gravísima problemática, al punto tal de su colapso y con escasísimos recursos.

Si concluimos que el niño maduro, según la opinión del médico, tiene derecho a tomar sus propias decisiones sobre atención médica, necesariamente trasladamos al profesional determinar esa autonomía. Y entonces deberíamos preguntarnos si los profesionales de la salud están capacitados para cumplir esa tarea y para comprender las especiales necesidades que tiene el niño. Parecería que los médicos y el personal de salud que atienden al niño deben tener una formación especial para responder debidamente a las necesidades médicas, físicas, emocionales y del desarrollo del niño.

El Código Civil y Comercial avanza en la protección de los derechos de los niños y recepta esta innovación legislativa que entiendo llevará un proceso largo para finalmente cumplir con el objetivo de tutelar el interés superior del niño.

Bibliografía

Alonso, S. A., Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?, recuperado de http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho_ni.htm

Película «La Caza», Thomas Vinterberg (D), Thomas Vinterberg (G), Distribuidora Golem.

OFERTA ACADÉMICA 2016 UCSE DABA

CARRERAS DE GRADO

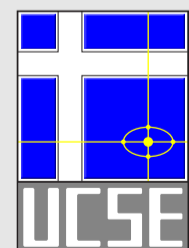
- Abogacía
- Contador Público
- Licenciatura en Administración
- Licenciatura en Psicopedagogía

CICLOS DE LICENCIATURA

- Gestión de las Instituciones Educativas
- Geografía

DIPLOMATURAS

- Bases Neurobiológicas de la Didáctica
- Actualización Pedagógica y Didáctica
- Pedagogía Social
- Animación Sociocultural
- Acompañante Terapéutico



Consultas e informes:

info.daba@ucse.edu.ar

www.ucse.edu.ar