

I: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:

Creado para que las normas INFERIORES estén de acuerdo a las normas SUPERIORES

- El control de constitucionalidad es un deber/obligación en la administración judicial
- Lo ejercen los jueces Nacionales y Provinciales, de cualquier fuero y cualquier ubicación geográfica, por eso es un **control DIFUSO**, todos los jueces tienen la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma
- Puede ser pedido por las **PARTES** (personas que afecta la norma) o por el juez de **OFICIO** (lo plantea directamente el juez)
- **CONTROL "EX POST"** es decir que comienza a funcionar una vez que la ley está vigente, porque sino no se podría promulgar la ley
- Posee efecto ERGA OMNES. La inconstitucionalidad afecta solo **PARA EL CASO CONCRETO**, la norma se mantiene para todos aquellos que no provoco ninguna afectación. NO se anula la norma.

✓ **FALLO: MARBURY c. MADISON 1803:**

Se declaró por primera vez la inconstitucionalidad, lo que sucedió fue que el presidente de EEUU Jonh Adams antes de terminar su mandato designo 42 nuevos jueces para el distrito de Columbia y 4 de ellos fueron firmados y sellados pero no se terminó de entregar su nombramiento. Al día después asume el nuevo presidente Thomas Jefferson y uno de esos 4 nuevos jueces llamado Marbury le ordena a Madison -que era el secretario de Estado- que se entreguen esos nombramientos que están avalados por la ley. Madison se niega a entregar esos nombramientos y Marbury recurre a la Corte Suprema y fallan en contraposición a Marbury ya que declaran que la corte no tiene la facultad para dirimir el caso y que por lo tanto la ley del acta judicial en la que se basaba Marbury para exigir su nombramiento es contraria a las atribuciones que posee la corte, por lo tanto la ley era inconstitucional.

✓ **FALLO: EDUARDO SOJO c. CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION:**

Sojo era un caricaturista que realizo un dibujo criticando y burlándose de una ley, la Cámara de Diputados al día siguiente resolvió poner en prisión a Sojo, por haber violado los privilegios e inmunidades de la cámara. Sojo interpuso un recurso de HABEAS CORPUS ante la CSJN. La corte resuelve en desfavor a Sojo por:

- El habeas corpus frente a la CSJN solo es factible si es presentado por ministros, embajadores o cónsules extranjeros, art 117.
- El arresto no fue declarado por un tribunal o juez, sino que fue pedido por la cámara de diputado, por lo que llego directamente sin apelación a la CSJN, y la corte resuelve que no puede interferir en la decisión porque eso sería interferir en los demás poderes.

A la semana se haber emitido este fallo, los abogados de Sojo presentan el habeas corpus a los tribunales inferiores y le conceden la libertad.

✓ **FALLO: ELORTONDO c. MUNICIPALIDAD DE CABA:**

Primer caso que se dicta la inconstitucionalidad en Argentina.

La municipalidad de CABA quería crear la Avenida de mayo, para esto según el artículo 17 de la CN fundado en el derecho a la propiedad.

DERECHO A LA PROPIEDAD: “La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por la ley y previamente indemnizada” ART 17.

- UTILIDAD PÚBLICA: que la causa de la expropiación sea la afectación de un bien común, tomar la propiedad en provecho o comodidad de una comunidad.

- LEY DEL CONGRESO: la declaración de utilidad pública debe hacerse por el órgano competente. El congreso no puede delegar esta facultad a otro poder.

- INDEMNIZACION: debe otorgarse al propietario previamente a la ocupación de la propiedad.

Elortondo propietaria de un inmueble situado en la futura avenida de mayo se opuso a la expropiación, por lo cual la municipalidad le inicio un juicio.

La municipalidad ordeno que las propiedades que pasaran a estar en el frente de la avenida fueran a triplicar su valor. El plan era vender en remate público esas propiedades a valores del mercado y contribuir al financiamiento de la avenida.

Elortondo afirma que solamente estaba obligada a vender una parte de la finca y no la totalidad de su inmueble.

La CSJN declara inconstitucional dicha ley, afirmando que la ley vulneraba el *principio de la inviolabilidad de la propiedad privada* porque el derecho de expropiación por utilidad pública no se extiende a nada más que aquella parte indispensable para la obra y no en la totalidad.

✓ **FALLO: RODRIGUEZ PEREYRA c. EJERCITO ARGENTINO:**

Durante el servicio militar si un soldado sufría un accidente que le producía una incapacidad para trabajar en la vida civil inferior a 66%, el artículo 76 fija una indemnización que no puede exceder treinta y cinco haberes mensuales de cabo o cabo2do. Ese límite de indemnización era inferior a la que correspondería de aplicarse a norma de derecho común. Por ese motivo, los soldados que habían sufrido accidentes presentaron demandas contra el Estado Nacional reclamando indemnizaciones invocando a los artículos de derecho común.

Rodríguez Pereyra en su demanda había solicitado la aplicación del régimen de indemnización del código civil pero no había realizado ningún pedido de inconstitucionalidad sobre la ley de accidentes del servicio militar.

Por lo que se llevó a cabo el pedido de OFICIO a la inconstitucionalidad de la norma.

II: DERECHO INTERNACIONAL:

Se aplica únicamente a los **ESTADOS**, quienes respetan los Tratados Internacionales para cumplir este derecho. Los **TRATADOS INTERNACIONALES** precisan necesariamente de una Ley Interna que pueda hacer que se aplique a nivel nacional.

TRATADO INTERNACIONAL: Acuerdo cerebrado por escrito entre Estados y que lo rige el derecho internacional.

ARTICULO 31 CN: “esta constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación”

DERECHO INTERNO:

Regula a los **INDIVIDUOS**. A los ciudadanos que se encuentran dentro de un Estado.

La relación entre Tratados internacionales (derecho internacional) y las leyes Nacionales (derecho interno) pueden clasificarse en dos grupos según *Kelsen*:

DUALISTAS → Hay dos sistemas normativos distintos que están aislados recíprocamente. Las normas del derecho internacional están dirigidas a los países y las normas del derecho interno/estatal a las personas. En consecuencia, una norma internacional contenida en un tratado para ser aplicada a una persona esta debe estar incorporada en el derecho interno, “internalizada” Mientras no haya un “proceso de internalización” de la norma a través de las leyes internas, no puede invocarse un Tratado Internacional.

MONISTAS → Los derechos forman parte del orden jurídico y para configurar un sistema unitario es necesario que uno subordine a otro. Por lo tanto hay dos posibilidades, que el derecho internacional este subordinando al interno o viceversa.



MONISTAS ABSOLUTOS

Los Tratados Internacionales están por sobre la Constitución y el resto del derecho interno.



MONISTAS MODERADOS

El derecho interno tiene primacia por sobre el derecho internacional

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION:

Va a determinar el ordenamiento de una sociedad y obliga a las demás normas a ajustarse a ella

Es suprema porque es la propia constitución quien **establece el ordenamiento de las demás normas**, anteponiéndose a ella como la más alta y obliga a que las demás normas se ajusten a ella.

Sistema jurídico Argentino en forma de PIRAMIDE: en la cima se encuentra la CN y los TI y por debajo las demás normas que tienen que actuar en conformidad a ellas

ARTICULO 30: “Las leyes dictadas por las **CONSTITUCION** y los **TRATADOS INTERNACIONALES** firmados por Argentina son la ley suprema de la Nación y las **autoridades provinciales deben estar conforme a ella**”

ARTICULO 28: Los **principios, declaraciones y derechos** reconocidos en la CN no pueden contradecir lo que esta misma dice.

ARTICULO 27: Los **tratados** que firma Argentina con países extranjeros deben estar en **conformidad con lo que dicta la CN**

ARTICULO 75 INC 22: Se enumeran todos los tratados internacionales de DDHH que poseen jerarquía constitucional.

- Fallos ANTERIORES a la Reforma de la constitución.

✓ **FALLO: MARTIN & CIA c. ADMINITRACION DE PUERTOS – 1958**

La empresa realizo una importación de yerba desde Brasil, cuando requiere retirar la mercadería en el puerto de Rosario, la Administración de puertos le exige el pago de una sobretasa impositiva del decreto/ley que establecía según los comercios internacionales la retribución.

Según la empresa no correspondía el pago porque existía un tratado entre Brasil y Argentina que establecía importar libremente sin agravámenes, para poder obtener la yerba igualmente paga la sobretasa. Martin & Cia realizó un juicio de repartición por haber pagado indebidamente. Se declaró la inconstitucionalidad del decreto/ley y se ordenó a la Administración de Puertos devolver el dinero correspondiente.

La demandada disconforme con la sentencia interpuso un recurso extraordinario contra la CSJN a fin que se revoque la sentencia. La CSJN falla a favor de la Administración es decir a favor del derecho interno utilizando la justificación “Ley posterior deroga a ley anterior” y el decreto/ley no es inconstitucional.

✓ **FALLO: EKMEKDJIAN c. SOFOVICH:**

DERECHO DE REPLICA: Una persona se ve afectada por un medio de comunicación y le da la posibilidad que se rectifique con → derecho de RESPUESTA

En el programa de Sofovich el invitado Saenz comenta lo que Ekmekdjian consideraba insultante hacia su creencia de Jesucristo, envía una carta de documento de 14 hojas contestándole a Saenz exigiendo que se lea en el programa, Sofovich se niega y Ekmekdjian inicia un amparo para cumplir con su derecho de replica (previo a la reforma este derecho no tenía reconocimiento en la CN) Los tribunales inferiores rechazan la demanda de Ekmekdjian por considerar que ese derecho proviene de la convención de Viena que Argentina debe cumplir pero que no estaba regulado en el derecho interno, por lo que no consideraban al derecho a replica un derecho exigible.

A diferencia, la CSJN afirma que ese derecho es exigible en el artículo 27 de la convención de Viena. Y le otorga primacía al derecho internacional por sobre el derecho interno.

● **REFORMA DE LA CONSTITUCION EN 1994**

ARTICULO 27: Obliga al Gobierno Federal a afianzar sus relaciones de paz y comercio con potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO establecidos en la CN

ARTICULO 31: Establece que la CN, las leyes dictadas por el Congreso y los Tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.

ARTICULO 75 inc 22: Algunos Tratados Internacionales de DDHH que poseen la misma Jerarquía que la CN

✓ **FALLO CAFÉ LA VIRGINIA c. CSJN**

Mismos hechos que en caso Martin & Cia, pero la CSJN falla opuestamente. La CSJN aseguró la primacía de los Tratados ante un conflicto con la norma interna contraria.

✓ **FALLO: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES c. FONTEVECCHIA vs ARGENTINA 1995**

La revista “noticias” larga en la tapa el hijo no reconocido de Menem, por lo que este demanda a la revista por daños y perjuicios y pide una indemnización por daño moral a la CSJN. La corte le da la razón a Menem. Luego, los periodistas someten al caso a consideración del sistema Interamericano de DDHH e interviene la comisión. La Corte Interamericana, dicta una sentencia acusando al Estado Argentino por violación del artículo 13 de la Convención Americana que regula la libertad de expresión. La corte establece tres condenas:

- Indemnización a favor de los periodistas
- Publicación del fallo en los medios

- Dejar sin efecto la sentencia dictada por la corte que le daba la razón a Menem.

Solo se cumplieron las dos primeras. El ministerio de Relaciones Exteriores envía un oficio para que se haga cumplir a la CSJN, y esta resuelve que es "imposible desde el punto de vista jurídico dejar sin efecto una sentencia" la CSJN resuelve la esfera soberana del Estado Argentino con limite en los Tratados Internacionales los cuales deben guardar conformidad con lo dictado por la CN.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

Para que las disposiciones de la Convencion Americana de Derechos Humanos no se vean infactibles por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin se establecio que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, y se debe tener en cuenta la interpretación que hizo la CADH.

DEFINIR AL DERECHO

OBJETIVO: Normas y leyes que regulan la vida en sociedad y dan un ordenamiento jurídico "el derecho Argentino prevé la pena"

SUBJETIVO: Facultad que poseen todas las personas para actuar de determinada manera o exigir y ejercer. "tengo derecho a vestirme como quiero"

DERECHO PUBLICO: Establece una relación entre dos sujetos, donde uno tiene un valor jurídico superior (el estado) hacia el otro. Se distingue porque la norma alude al Estado como poder publico.

Derecho: *CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y PENAL*

III: DERECHO PRIVADO

Establece una relación entre dos sujetos entre los cuales poseen el mismo valor jurídico (civiles) Y se rigen por las mismas normas jurídicas. Se distingue porque la norma se refiere a sujetos que obran desprovistos de todo carácter de soberanía política (derecho de familia)

Derecho: *CIVIL, MERCANTIL Y LABORAL*

CONSTITUNALIZACION DEL DERECHO PRIVADO:

La aplicación de **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES** al derecho privado, logrando asi una comunidad y una relación permanente entre la CN, los tratados internacionales y el derecho público en general.

Normas constitucionales: características.

- EFICACIA DIRECTA: Los derechos son exigibles, a pesar de que no exista una disposición legal que reglamente el derecho constitucional
- EFICACIA INVALIDATORIA: a través de esto las disposiciones constitucionales autorizan a inaplicar disposiciones legales que la contradigan.
- EFICACIA INTERPRETATIVA: Se exige una relectura de los textos legales a través de una interpretación conforme con la CN. Es decir, frente a distintas lecturas posible de una ley, aquellas que las hagan contrarias a la CN, deberá escoger la interpretativa que la haga conforme a la CN.

IV: INTERPRETACION DE LA LEY:

ARTICULO 2 CCyCN: Da cuenta que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y valores. La ley se debe tener en cuenta de acuerdo a sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados de DDHH y los principios y valores jurídicos.

Se permite la consideración de sus finalidades al momento de aplicarse esa ley, privilegiar primeramente las palabras de la ley y luego, sus finalidades objetivas, de esta manera se adopta una INTERPRETACION EVOLUTIVA.

Leyes análogas: “siendo esta situación igual a la que se aplico esta ley, el legislador debe pensar de la misma manera” se las incluye como criterio de interpretación, para dar libertad a los jueces en diferentes casos- La analogía constituye un mecanismo de integración de lagunas del sistema normativo, esto es si no hay una ley que regule un supuesto hecho, se puede recurrir a otra ley

PRINCIPIOS Y VALORES JURIDICOS: Estructura indeterminada e imprecisa –no los hacen menos importante- sirven para colmar una laguna jurídica y poseen una:

*función INTERPRETATIVA, porque orientan la interpretación correcta adecuándolo.

*función de CONTROL AXIOLOGICO, al constituir lineamientos básicos como marcos de actuación. (valores primordiales de una sociedad)

REGLAS JURIDICAS: Estructura determinada

✓ **FALLO: FERREYRA c. V.I.C.O.V.S.A**

Dos usuarios transitaban por la ruta, que en ese momento pertenecía a una empresa privada, en un momento del trayecto ocurre un accidente por la aparición de un animal, ante esta situación los usuarios demandan a la empresa por los daños ocasionados. La corte tenía que definir si esa conducta habitual configura una costumbre y de que tipo.

La CSJN hizo responsable a la empresa de rutas por no garantizar la seguridad e hizo responsable por los daños sufridos.

✓ **FALLO: LEDESMA c. METROVIAS S.A**

Una usuaria utilizando el servicio del subterráneo sufre un accidente donde su pie queda atrapado en el espacio que hay entre el vagón y el andén, la sentencia de primera instancia determino que el accidente se produjo por una mala maniobra de la señora a pesar de la hora pico. La CSJN expone que se omitieron las normas constitucionales que protegen a los consumidores que era aplicable al caso y no solamente el espacio que había entre el vagón y el andén. Por lo que falla en su desfavor.

✓ **FALLO: BATALLA RUFINO c. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL:**

La CSJN declaro aplicable el beneficio del 2x1 (un día de prisión preventiva por dos de prisión o uno de reclusión) a los delitos de lesa humanidad. Esto provoco revuelos en las instituciones y en la sociedad Argentina. Frente a ello el Congreso Nacional sanciono la ley 27.362 aclarando el articulo 7 de la ley del 2x1 (ley 24.390)

El congreso adepto su lugar de poseer la facultad de aclarar e interpretar leyes con el objeto de despejar dudas sobre conceptos dudosos o equivocados. No corresponde atenerse a la literalidad sino también a la naturaleza del enunciado normativo.

para esto también se llevo a cabo el: **TEST DE CONSISTENCIA:** consiste en constatar si la ley “aclara” sin modificar a la ley que interpreta, con el objetivo de reconstruir algo contenido en la disposición aclarada.

FUENTES DEL DERECHO:

Son aquellas **FORMAS O FACTORES** que inciden en la **CREACION DE NORMAS JURIDICAS**

La única fuente formal del derecho es la PROPIA LEY

FORMALES: Resultan obligatorias conforme a una norma de reconocimiento.

- LA LEY Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES: Establece las normas y valores para el desarrollo y el orden de la sociedad
- LA COSTUMBRE: siempre y cuando no contradigan a la CN ni a los TI, la acción repetida de las personas pueden generar derecho
- JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA: Son el conjunto de decisiones judiciales sostenidas en el tiempo creada por los jueces para establecer criterios en determinados casos
- PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

MATERIALES: carecen de obligatoriedad, pero sirven a los efectos de fijar el contenido del derecho

- LA JURISPRUDENCIA NO OBLIGATORIA:
- LA DOCTRINA: Conjunto de escritos y soluciones de las personas que estudian al derecho
- DERECHO COMPARADO: Consiste en el análisis de ordenamientos jurídicos de países extranjeros con el propósito de determinar sus virtudes y defectos y establecer diferencias o similitudes del derecho local
- VERBIGRACIA

Hay dos fuentes principales:

- la constitución y los tratados Internacionales

DERECHO EXPLICITO: Aquellos que se encuentran enumerados en la constitución.

DERECHO IMPLICITO: Aquellos que no están expresos en la constitución pero que hay una fuente Internacional que los reconoce con supremacía constitucional.

ARTICULO 1º DE CCyCN → Adopta un sistema de PLURALIDAD DE FUENTES.

IV: LEY:

Normas juridicas que regulan la vida de las personas con el fin de establecer un orden justo para la convivencia humana. Ese conjunto de normas recibe el nombre de DERECHO POSITIVO.

Coercibilidad: posibilidad de hacerlas cumplir por la fuerza publica a traves de una autoridad competente.

Cuando las normas son sancionadas por el congreso siguiendo su procedimiento son nombradas como LEYES.

las leyes son, abstractas, impersonales, obligatorias y generales ya que no regulan situaciones concretas sino que están dirigidas a un universo de personas.

REGLAS Y PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACION Y APLICACIÓN

Art 2 del CCyCN, interpretar es atribuir un significado jurídico a la norma. La tarea de la interpretación es un problema del lenguaje que afectan a la norma, porque están redactadas con una textura abierta, ambigua.

Para poder llevar a cabo la tarea interpretativa los diferentes operadores jurídicos deben contar con reglas interpretativas.

- **ART 2 del CCyCN:** Las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta las palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre DDHH, los principios y los valores jurídicos, de un modo coherente con todo el ordenamiento.

Importancia de la FINALIDAD DE LA LEY para determinar su alcance: **Interpretación teleológica o finalista.** Preferencia a la finalidad del texto en el momento de su aplicación por sobre el momento de la sanción.

ANALOGIAS: mecanismo de integración de las lagunas del sistema normativo, esto es si no hay una ley que regule un hecho se puede recurrir a otra ley en la medida que no este prohibido y guarde semejanza.

CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO:

el código civil incorpora como pauta interpretativa a los tratados de DDHH y a los principios y valores jurídicos

- **AMBITO SUBJETIVO DE LAS LEYES:**
Art 4, principio de obligatoriedad son obligatorias para todos los que habitan el territorio.
- **AMBITO OBJETIVO:** no se distinguen entre leyes supletorias o imperativas
Art 8, Principio de inescusabilidad de las leyes. La ignorancia de las leyes no sirve como excusa para su incumplimiento, si la excepción no esta autorizada por el ordenamiento jurídico.

VIGENCIA:

Art 5, las leyes rigen después del octavo día de corrido- de su publicación oficial (boletín oficial u otros medios oficiales) o desde el día que aquellas determinen. Con la publicación de la ley esta adquiere eficacia, existe desde antes:

- 1) el poder legislativo sanciona la ley
- 2) el poder ejecutivo PROMULGA y ordena su PUBLICACION
- 3) la ley adquiere la VIGENCIA

INTERVALOS DE DERECHO:

Art 6, día jurídico / plazo civil

- el día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche
- En los plazos fijados de días a contar de uno determinado queda este excluido del computo y debe empezar el día siguiente
- los plazos de meses o años se cuentan de fecha a fecha
- en los plazos fijados en horas a contar desde una hora determinada queda esta excluida del computo el cual debe empezar desde la hora siguiente.
- el computo civil de los plazos es de días completos y continuos y no se excluyen los días no laborables.

- ✓ **FALLO MALEIC c. CSJN:**

✓ **FALLO VIGNOLA NOEMI c. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES:**

EFICACIA TEMPORAL DE LAS LEYES:

Art 7, a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Clasificación en el tiempo según el **art 7**:

***Leyes pueden tener efectos retroactivos, su aplicación se dirige hacia el pasado.**

Una ley es retroactiva cuando se aplica a una situación ya constituida o extinguida o a efectos que ya se cumplieron bajo una legislación anterior. En el caso que se admita la retroactividad esta no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

La Retroactividad de la ley se va a dar en una situación jurídica ya constituida o extinguida o a efectos que se cumplieron bajo una legislación anterior.

En materia civil a diferencia de penal, la retroactividad no tiene jerarquía CN sino que tiene jerarquía CCyCN.

*** Leyes con efecto inmediato, se dirige al presente**

*** Leyes con efecto diferido si viniendo del pasado se proyecta hacia el futuro**, siendo que otra ley la ha sustituido, fenómeno de la ultractividad de la ley.

En materia civil a diferencia de materia penal, la iretroactividad no tiene jerarquía constitucional sino la jerarquía que le otorga el CCyCN

La aplicación diferida de las reglas supletorias salvo en materia de derecho del consumidor, en ese caso se aplican inmediatamente.

- **FORMAL:** Aquellas normas enmanadas por el Poder Legislativo (Congreso) de acuerdo con el procedimiento que establece la CN
- **MATERIAL:** Aquellas normas jurídicas dictadas por la autoridad competente, un decreto presidencial, ordenanza municipal, ley provincial.
- **IMPERATIVA:** aquellas que prevalecen sobre la VOLUNTAD PROPIA, porque no pueden ser dejadas de lado
- **SUPLETORIAS:** respetan la iniciativa y la VOLUNTAD DE LAS PARTES ellas son regulaciones complementarias para situaciones que los particulares no tuvieron en cuenta, se las denomina INTERPRETATIVAS.

✓ **FALLO MUNICIPALIDAD DE OLAVARRIA c. ESTADO NACIONAL**

El poder ejecutivo mediante un DNU quito el impuesto maquinas que se importen con destino a la ciencia y salud humana. La municipalidad de Olavarria había importado un tomógrafo para su hospital y a fin de no pagar el impuesto solicito la demanda de inconstitucionalidad para el DNU, porque violaba el principio de igualdad por invalidar ese DNU a docentes municipales. La CSJN utiliza un método interpretativo, prioriza la finalidad de la norma por sobre sus palabras.

✓ **FALLO RUFINO c. HIDALGO GARZON Y OTROS**

Sentencia dictada por la CSJN en el caso Bignone Rinaldo considero a la ley "2x1" para los

delitos de lesa humanidad, por la aplicación de la ley transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva: 1 día de prisión preventiva 2 de prisión. La decisión de la corte genero reaccion en la sociedad argentina y el poder legislativo sanciono una ley donde interpreto y aclaro el beneficio del 2x1. La CSJN revirtió la decisión y fallo en contra del 2x1 en los delitos de lesa humanidad.

La CSJN reconoce que otros poderes del estado (en este caso el legislativo) goza de autoridad interpretativa.

✓ **FALLO RIZZO c. PODER EJECUTIVO:**

En ese año el poder ejecutivo emprendió la “reforma judicial” vinculación con la creación de cámaras, regímenes de publicidad y ampliación de 19 miembros en el consejo de la magistratura, donde jueces de esos miembros serán elegidos por el sufragio universal. La CN no define un número determinado sino propone un equilibrio entre las personas que participan. Los abogados promovieron un amparo para que se declare la inconstitucionalidad y dejar sin efectos la ley. La CSJN declara la inconstitucionalidad, utiliza la interpretación literal y finalista cuando afirma que la interpretación se encuentra avalada mediante la CN, y la interpretación histórica cuando nombra a la asamblea constituyente.

✓ **FALLO CODEC c. BANCO PROVINCIA**

APLICACIÓN DE LA LEY

✓ **FALLO: LONGO c. MINISTERIO DE COMERCIO**

Longo fue sancionado mediante el ministerio de comercio por realizar una infracción, donde longo se defiende diciendo que no había sido publicada la nueva ley en el boletín oficial sino por los medios de prensa.

✓ **CARDENAS PACHECO c. SWISS MEDICAL:**

✓ **FALLO: MUNICIPALIDAD DE BERAZATEGUI c. MOLINOS RIO DE LA PLATA S.A**

La municipalidad le reclama el dinero de publicidad a la empresa en virtud de una ordenanza municipal, el problema de la empresa es que nunca fue publicada, se falla a favor de la empresa.

✓ **FALLO: ALPACOR c. AFIP**

La empresa realizo un amparo contra afip para que se realice la inconstitucionalidad de la ley que determina clausurar preventivamente un establecimiento.

El art 15 del DNU estipula la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra la sentencia definitiva dentro de las 48hs. Y en art 17 se prevé la aplicación supletoria del CCyCN.

✓ **FALLO: PARTIDO COMUNISTA c. ACCION DE AMPARO:**

Al tiempo de iniciar las campañas electorales los partidos recibirían 50centavos de austral por cada voto obtenido en la ultima elección. El partido comunista realiza un amparo por establecer como base de calculo los votos de diputados y no en elecciones generales, el partido comunista había obtenido mayor voto en las generales. La CSJN parte de la inexistencia del derecho

adquirido para el partido comunista.

✓ **FALLO: VIDRIERIA c. FISCO NACIONAL DGI:**

El problema del caso radica en que al momento de presentar la declaración jurada la vidriería no hizo uso del derecho reconocido en el decreto por ignorar su existencia, inicia la acción de repetición. La CSJN tiene que resolver si ese error resulta excusable, y la respuesta es negativa mediante el “principio de inexcusabilidad de las leyes” invoca que ese principio debería ceder por razones de equidad.

LA COSTUMBRE:

Serie de comportamientos que se llevan a cabo de un modo generalizado con alto grado de uniformidad identificable y predecible, generando CONCIENCIA DE OBLIGATORIEDAD y su incumplimiento trae como consecuencia una sanción.

ELEMENTO OBJETIVO → Repetición de actos de forma constante, el HABITO.

ELEMENTO SUBJETIVO → Comportamiento obligatorio generador de derechos y obligaciones.

- Hay distinción entre las costumbres y los meros hábitos que no dan origen a normas aun cuando sea compartido por el común de la gente (saludar al dar la bienvenida) Para que una norma sea también una norma jurídica debe ser reconocida por los órganos del sistema.

La costumbre puede ser:

SECUNDUM LEGEM: De acuerdo con la ley, no la contradice. El legislador remite la solución a la costumbre, casos donde las leyes remite a ella.

PRAETER LEGEM: Regula situaciones que no regula la ley. Se da cuando una ley no ofrece una solución a un caso concreto, la costumbre es la encargada de resolver el caso.

CONTRA LEGEM: En contra a la ley. El comportamiento general es contrario a lo que determina la norma jurídica. (excluida por la constitución)

V: DEBER RESOLVER Y SENTENCIA ARBITRARIA

Art 3 del CCyCN, el juez debe resolver asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

- 1) Deber de seguir un proceso argumentativo de control judicial y democrático
- 2) Una decisión razonablemente fundada debe partir de todas las fuentes del CCyCN.
- 3) El juzgar y resolver es un deber y no pueden eludirlo
- 4) Los jueces deben en su sentencia exponer el proceso de argumentación y admitir cuestionamientos y refutaciones.

EL JUEZ DEBE SEGUIR REGLAS:

- Tener en cuenta el ordenamiento jurídico
- Debe resolver un caso concreto con personas concretas
- Debe argumentar de modo razonable

Art 18 CN, ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso... además que es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos. Es decir, previo al hecho es derecho tener una sentencia fundada.

SENTENCIAS ARBITRARIAS

No debe ser considerada un acto judicial valido, las sentencias infundadas son una especie de sentencias arbitrarias.

“Doctrina de arbitrariedad de sentencias” para descalificar aquellas sentencias que inciden directamente sobre el derecho de defensa de los participantes en el proceso y lesionan el principio de razonabilidad.

Violan las reglas del *debido proceso* y el *derecho de defensa* en juicio.

✓ **FALLO CANDIA ACOSTA c. QUEJA**

Un incendio destruyo la vivienda de la casa precaria de Candia Acosta y sus hijes, la corporación BSAS SUR se comprometio en la entrega de viviendas de personas afectadas, no le entregaron la vivienda por haberle dado una vivienda a su hermano, la CSJN dice que se dicte un nuevo pronunciamiento, no resuelve el caso.

✓ **FALLO REY c. ROCHA**

-define el concepto de sentencia arbitraria-

✓ **FALLO L.E.S c. CEMIT:**

La CSJN califica como arbitraria a la sentencia de la cámara de apelación por grandes defectos en su fundamentación

✓ **FALLO GONZALEZ HERMINIA c. ANSES:**

VI: PRINCIPIO DE BUENA FE

Art 9 del CCyCN: “principio de buena fe, los derechos deben ser ejercidos de buena fe”

Conducta reciproca de ambas partes.

- Mandato de optimización: Norma que ordena a realizar esta conducta en el mayor grado posible. Donde las partes coopen mutuamente para que se cumpla.

- Concepto jurídico indeterminado pero es captable en circunstancias concretas

Como lealtad/objetiva: Es un mandato jurídico que prescribe un comportamiento honesto, leal, cooperativo en cualquier relación. Constituye un estándar de conducta.

Como creencia/subjetiva: Se refiere a la valoración subjetiva en la conducta de las partes, protege la situación de una persona que tiene la creencia sobre la existencia de una relación jurídica.

Actua como fundamento de dos doctrinas:

- **Doctrina de ACTOS PROPIOS:** Ordena un deber de coherencia entre el comportamiento pasado y futuro.
- **Doctrina de CONFIANZA LEGITIMA:** Protege las expectativas a partir del comportamiento de los órganos estatales.

Funciones:

- Interpretativa, en caso de duda el juez concurre a el principio de buena fe

- Fuente de obligaciones secundarias porque el principio determina la obligación de adoptar comportamientos cooperativos
- Correctiva, se permite reprobado los comportamientos no- cooperativos

✓ **FALLO FAIFMAN c. ESTADO NACIONAL:**

Por su responsabilidad en el atentado a la AMIA, al haber incumplido obligación de prevención y seguridad. Faifman demanda al Estado Nacional por los daños derivados del fallecimiento de su esposo.

En 2005, el estado nacional reconoció su responsabilidad en el atentado por haber prestado de manera irregular su función de seguridad, se comprometió a aprobar un régimen legal para reparaciones de víctimas del atentado, ante la Comisión Interamericana.

La CSJN estableció que el estado nacional en 2005 cuando reconoció a nivel internacional su responsabilidad y la reparación de los daños, 10 años después se oponía planteando la “prescripción” y negaba a otorgar lo antes dicho, por lo que se encontraba una contradicción de la buena fe. Se encuentran la “buena fe subjetiva” que protegía a Faifman y la confianza legítima que la actuación del Estado iba a reparar el hecho. Y la “buena fe objetiva” en la doctrina de los actos propios, entre sus actos pasados y sus actos futuros.

✓ **FALLO ZECHNER c. CEMIC:**

Se origina por un despido de una médica oftalmóloga a una empresa de medicina, donde trabajaba de manera autónoma pero con casos de relación de dependencia, ante el despido la cámara de apelaciones considero la indemnización y la empresa de medicina interpuso un recurso extraordinario por considerar sentencia arbitraria y la CSJN le da la razón, porque no había un contrato de trabajo.

La cámara no tuvo en cuenta que la médica pagaba con su propio dinero el alquiler de la empresa, y la médica se desempeñó bajo esa modalidad 20 años sin ningún planteo.

La pretensión de la médica de considerar su indemnización era contraria al principio de buena fe, porque durante todos los años que se desempeñó genero una expectativa de relación de trabajo autónomo.

Por un lado la buena fe subjetiva que permite valorar la empresa médica porque entiende que la conducta de la médica había generado una creencia razonablemente fundada de una relación de autonomía y la buena fe objetiva sobre el comportamiento no coherente de la médica entre pasado y futuro donde 20 años estuvo trabajando sin problemas y luego contradice su dicho.

VII: ABUSO DEL DERECHO

Art 10 del CCyCN: La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho.

- Concepto genérico
- No hay una enumeración taxativa de situaciones que constituyen abuso del derecho
- Su determinación es esencialmente casuística, es decir depende de cada caso.

Es abusivo el ejercicio del derecho si es contrario a estos dos parámetros:

- La finalidad ética, social o económica prevista en el derecho objetivo
- Pautas moralizantes, buena fe, moral, buenas costumbres

Si es contrario a estos parámetros, es abusivo del derecho.

Fundamentos:

- Límites externos: derechos individuales de otras personas y de incidencia colectiva. Una persona no puede violar estos.
- Límites internos: el fin por el cual se reconoce un determinado derecho

✓ **FALLO G.S.E c. GERVASI CONSIGNACION DE ALQUILERES:**

Desalojo por parte del propietario contra su inquilino por falta de pago, el inquilino intento pagar los alquileres vencidos y el propietario decide igualmente desalojarlo, el inquilino se opuso al desalojo y solicitó un “pago en consignación” esto es un mecanismo que prevé la ley en los cuales el acreedor se niegue a recibir el pago, el deudor puede depositar el dinero a la orden del juzgado y se libera.

El inquilino envió una carta de documento al propietario intimando a recibir el pago de los alquileres vencidos y renegociar el número de contrato y el propietario se negó.

La cámara de apelaciones confirma la negativa del propietario constituía un abuso de su derecho del acreedor. Para esto el acreedor se comporta de forma contraria a una de las pautas moralizadoras, la buena fe, el comportamiento cooperativo para cumplir el contrato, y además con su comportamiento estaba frustrando la finalidad que establecen los contratos, el comportamiento del acreedor tendía a su frustración y no a su cumplimiento.

✓ **FALLO CONSORCIO DE PROPIETARIOS c. UNIDAD FUNCIONAL**

Los propietarios le alquilaban la cochera a un vecino de otro edificio, estaba prohibido en el reglamento. Los propietarios demandados eran adultos mayores que no tenían vehículo e invocaban su derecho a propiedad para ceder su espacio de coche porque pagaban las expensas, sin embargo cada lugar de la cochera estaba previsto para sus dueños y no podía alquilarse a ajenos.

La cámara de apelaciones le da la razón al consorcio y que abusaba de su derecho de propiedad horizontal, en primer lugar su decisión de alquilar el espacio que estaba prohibido implicaba una violación de la buena fe y le daban una finalidad distinta a la que establecía el reglamento, por lo que actuaban de “mala fe” y abusaban de su derecho de propietarios.

VIII: ABUSO DE POSICION DOMINANTE

Art 11 CCyCN: Aplicación de los principios de buena fe y abuso del derecho, sin perjuicio de las leyes especiales.

ley especial:

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, APD.

El APD se relaciona con la libertad del mercado y con la libre competencia entre proveedores de bienes y servicios.

- **Artículo 42 CN,** derecho de incidencia colectiva

Es una situación de hecho de poder económico de una empresa en un mercado, se relaciona con el “**poder de mercado**” no es ilícita en si misma.

Lo relevante es saber si esa empresa abusa o no de su posición en el mercado.

PODER DE MERCADO → caracterizado por la posibilidad que tiene una empresa de elevar sus precios por

encima de los precios que corresponden a la competencia del mercado sin perder beneficios. Es decir, que la empresa tiene tanta fortaleza que los aumentos no le producen temor de perder.

Clasificación:

- ACTOS EXCLUSORIOS: tienen por finalidad impedir el acceso de un competidor en el mercado o expulsarlo.
- ACTO EXPLOTATIVO: se extrae un beneficio, se perjudica a un cliente percibiendo una renta por encima de lo que hubiera correspondido en el mercado competitivo.

Para que un abuso de posición dominante sea castigable tiene que perjudicar al interés económico general. La afectación de un interés particular no habilita a sancionar bajo la ley de defensa de la competencia.

Efectos: Si hay un abuso de posición dominante se puede obtener la tutela

- TUTELA PREVENTIVA: Que se prevenga la continuación de la producción del daño y el cese de la conducta
- TUTELA RESARCITORIA: Obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios

Se agregan:

- CRITERIOS INTERPRETATIVOS:
- DEBERES SECUNDARIOS: colaboración, información
- ARTICULO 42 CN, derecho de incidencia colectiva, se puede reclamar tutela o ante el defensor del pueblo

✓ **FALLO: YPF c. DISTRIBUIDORES DE GAS:**

Ypf en relación al gas licuado de petróleo, usado por los fraccionadores de garrafas donde YPF disminuía la cantidad de gas disponible para que existiera una falta del gas y así manipular los precios a más altos. Este gas se exportaba a un precio menor en comparación al precio del mercado interno. Por lo que utilizaba su uso de posición dominante.
si hay afectación o no del interés económico general ¿

✓ **FALLO: MAXICONSUMO c. MOLINOS:**

Maxiconsumo no vendía tanta aceite si no se adquiría arroz, fideos u otros productos, Molinos optó por no venderle más productos a Maxiconsumo.
Maxiconsumo acusaba a Molinos de abusar de la Posición dominante y negarse a vender productos y Molinos acusaba de aprovechar su integración vertical para perjudicarla como competidor en la producción de fideos, arroz etc.

IX: ORDEN PÚBLICO:

ART 12, CCYCN: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”

Es un concepto dinámico que se modifica con el devenir del tiempo producto con los cambios sociales. Conjunto de normas imperativas (establecidas normativamente por el órgano competente) , indisponibles (no puedes utilizarla o no, es disponible a todos si o si) para la voluntad de las partes y de los principios que en cada momento se consideran **necesarios para la organización y funcionamiento de la sociedad** y para el **respeto adecuado de los derechos fundamentales que quienes la integran.**

Clasificación:

- **GARANTIA PROCEDIMENTAL AL CONSENTIMIENTO PLENO:** Alude a un conjunto de exposiciones orientadas a garantizar que se exprese la autonomía privada
- **DE PROTECCION DE LA PARTE MAS DEBIL:** Alude a la intervención jurídica pensada para fortalecer la autonomía privada sobretudo en problemas de desigualdad (relaciones de consumo)
- **DE COORDINACION:** Normas imperativas que controla la ilicitud en el ejercicio de los derechos
- **DE DIRECCION:** Apunta a las regulaciones propias de la organización económica de la sociedad

FRAUDE A LA LEY:

ART 12, CCYCN: “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”

Elementos:

- ACTO JURIDICO
- LEY DE COVERTURA
- LEY DEFRAUDADA: el acto es válido pero produce un resultado análogo prohibido por una ley imperativa (ej: camuflar una conducta como si fuese otra para vulnerar una norma)

El acto debe someterse a la norma imperativa que se intenta eludir

RENUNCIA DE DERECHOS:

ART 13, CCYCN: “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”

Los efectos de las leyes pueden ser renunciados en el caso particular, salvo que el ordenamiento jurídico lo prohíba. El fundamento de este principio se encuentra que dé contrario se afectaría el “principio de obligatoriedad de las leyes” que es fundamental en la estructura jurídica.

La regulación debe ser completada con la redacción del **ART 944, CCYCN:** “Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio”

- **Derechos disponibles:** cuyo titular puede renunciarlos
- **Derechos indisponibles:** son irrenunciables

Para diferenciar entre unos y otros se limita a la implicación del orden público como restricción al ejercicio de esos derechos fundado con interés general (ej: derechos patrimoniales, son renunciables, los extrapatrimoniales son irrenunciables)

✓ **FALLO EGEA c. CSJN**

Manuela Egea se había casado en Argentina en 1938 luego de separada contrajo matrimonio en México, a pesar de estar vigente su matrimonio anterior argentino, en nuestro país en ese momento regía la regla civil de la insolubilidad del matrimonio. Una vez que fallece su esposo mexicano, solicita su derecho a la pensión. La CSJN debe ver si tiene validez ese matrimonio.

✓ **FALLO SOLA c. CSJN**

La señora Ferrari contrajo matrimonio con Sola en Paraguay, frente a eso Sola había obtenido un divorcio en su primer matrimonio. Frente a la reforma, se establecía que trascurrido 2 años de matrimonio los conyugues podían manifestar al juez que existían causas graves la vida en común y pedir la separación. Una vez fallecido el esposo la señora Ferrari rechazaron su calidad de parte para la sucesión dado que aquella dio matrimonio en Paraguay sin que se disuelva el celebrado en nuestro país. A fin de reconocer la legitimación se expidió al extranjero. La CSJN concluyo que se debía dar esa sucesión a Ferrari.

✓ **FALLO KAZEZ c.**

Mediante la crisis del 2001 muchos inquilinos no lograron pagar sus alquileres, para hacer frente a la crisis se dicto la *ley de emergencia económica* y se le delegaron facultades al ejecutivo, el ejecutivo dicto un DNU y dicto pesificar las deudas (convertir en pesos aquello pactado anteriormente en dólares u otra moneda) Los tribunales inferiores habían pactado la deuda de los alquileres en moneda dólar pactada hasta ese momento

✓ **FALLO YPF c. MERCANTE HERMANOS**

En el año 2001 mercante hermanos le vende a YPF dos inmuebles libre de deudas por un valor de 2.000.050 dolares compensándose 2.250.000 con deudas que el vendedor mantenía con la empresa compradora, por lo tanto quedaba un saldo de 800mil dorares a cancelarse en la fecha de escrituración. En el contrato se pacto que en el incumplimiento de las obligaciones la parte no-culpable podía optar entre exigir el cumplimiento de la obligación mas una multa o declarar resuelta la operación con un derecho a la indemnización. En la crisis del 2001 decidieron suspender la multa fijada. Antes del vencimiento del plazo YPF intima a mercante a escriturar informando que abonaría el saldo del precio. Mercate intima a pagar el precio en dólares e impugno *por inconstitucional las normas de pesificación*. Mercante decide rescindir el contrato intimando a pagar una multa, YPF rechazo la petición e íntima a mercante a concurrir a escriturar. Como respuesta Mercante ratifica la resolución del contrato y finalmente YPF puso a disposición el saldo del precio, inicia una acción judicial de pago por consignación, Mercante adujo que en el marco del contrato ambos habían resuelto la renuncia.

La CSJN resuelve que las normas por carácter de orden público son irrenunciables.

X: DERECHOS INDIVIDUALES Y DE INCIDENCIA COLECTIVA

DERECHOS INDIVIDUALES: Aquellos que recaen sobre un **interés individual**, sea un derecho subjetivo o interés legítimo, y que son ejercidos por el titular. Se trata de **derechos divisibles, no homogéneos** y que dan lugar al litigio singular.

En la **CN**, primera parte “derechos, declaraciones y garantías” como en el segundo cap “nuevos derechos y garantías”

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA:

Distinguen entre aquellos que tiene por **objeto bienes colectivos** a aquellos intereses individuales homogéneos. Por un lado estos derechos tienen por objeto bienes colectivos la CSJN los definió como: pertenecen a toda la comunidad, son **indivisibles** y no admiten exclusión alguna, no se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino en un bien como el ambiente es de naturaleza colectiva.

En la **CN**, **ART 43** reconoce su existencia.

No debe confundirse la existencia de un derecho individual o colectivo con la existencia de un **INTERES SIMPLE**. Los **intereses simples no suelen otorgar legitimación procesal** suficiente para promover un proceso judicial en su defensa.

✓ **FALLO SUPERCANAL c. AFSCA**

Supercanal es un servicio de televisión paga, se fue instalando en varias provincias como en la ciudad de Villa Mercedes San Luis, años más tarde en esa ciudad se instaló TVC Mercedina de propiedad por un grupo empresarial Bonaerense. A partir de ese momento, supercanal intervino y promovió procedimientos judiciales con el objeto de denunciar irregularidades de dicha empresa, intervino la AFSCA (autoridad federal de servicios de comunicación audiovisual) y dejó constancia de que TVC Mercedina estaba autorizada a comenzar sus transmisiones. En pocos meses, supercanal obtuvo una medida cautelar que suspendió la resolución del AFSCA.

- ✓ Cuando se reclama judicialmente derechos de carácter individual Quien acciona tiene que demostrar que tiene un interés directo, personal y diferenciado del resto de los individuos, para demostrar la condición de parte.

Reúne supercanal la condición de parte?

Respuesta de supercanal:

- Ambas empresas competían dentro del mercado como prestadores del servicio de TV
- Tiene derecho a reclamar si un competidor no cumple con la regulación de lo contrario se viola el principio de igualdad de la competencia.
- La resolución del AFSCA de otorgar la licencia a su competidor con condiciones irregulares, le causaba un daño en el caso de que sus clientes se cambien a la empresa competidora.

- ✓ Elementos que exige la CSJN a supercanal:

- que supercanal tenía que declarar la conducta anticompetitiva
- que decisión de mercedina TV afectaba concretamente y personal a la empresa supercanal a la libre competencia

La CSJN se expidió en desfavor de supercanal justificando que la posibilidad de una nueva competencia no es motivo para demandar y que obtenía imprecisión su manera de abordar las irregularidades de Mercedina.

Los intereses simples no otorgan legitimación procesal suficiente para promover la defensa. No debe confundirse la existencia de un derecho individual o colectivo con la existencia de un interés

simple.

✓ **FALLO HALABI c. P.E.N:**

En el año 2001 comenzaron grandes secuestros extorsivos, las intervenciones telefónicas constituyen una de las herramientas más utilizadas para la investigación de delincuencia organizada. En 2003 el Congreso sancionó una ley en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación de comunicaciones para la observación por parte del poder judicial o el ministerio público.

En 2004 Axel Blumberg fue secuestrado cuando se dirigía a la casa de su novia, luego de cinco días de negociaciones con los secuestradores, Juan Blumberg (su padre) se dirigió a una estación para pagar el rescate. Los secuestradores no aparecieron y la policía encontró a Axel muerto. Juan comenzó a organizar una movilización frente al congreso pidiendo endurecer las penas de los condenados. El poder ejecutivo mediante un decreto señaló la necesidad de combatir el delito con la evidencia de las nuevas telecomunicaciones. Decreto denominado como "DECRETO ESPIA" que según críticos estaba vinculado con los derechos a la privacidad, intimidad, confidencialidad y datos personales.

La cámara de datos de servicios en línea (CABASE) promovió un amparo contra la ley, la cámara de apelaciones declaró la constitucionalidad de las normas. Años más tarde en 2009 dicha sentencia sería revocada.

En 2005 el poder ejecutivo suspendió la aplicación de ese decreto a fin de "permitir un nuevo análisis" Ernesto Halabi promovió por derecho propio un amparo contra el poder ejecutivo reclamando que se declare la inconstitucionalidad. Halabi obtuvo sentencia favorable, se declaró que incluía derechos de incidencia colectiva con intereses individuales y homogéneos, la CSJN declara la inconstitucionalidad porque no cumplía con el derecho a la intimidad y privacidad y el resguardo del "secreto profesional" que poseen los abogados.

✓ **FALLO PADEC c. SWISS MEDICAL:**

La asociación de defensa del consumidor (PADEC) demandó a Swiss Medical por aumentar la cuota de sus clientes, la cámara consideró que el derecho invocado por PADEC no era de incidencia colectiva sino que se trataba de intereses patrimoniales divisibles (es divisible en cada caso por lo que no es de todos y patrimonial porque requiere de sus bienes económicos) y además con homogeneidad solo aparente, por lo que debían ser resueltos por cada individuo afectado.

En el caso Halabi se categorizaron tres derechos:

- DERECHOS INDIVIDUALES
- DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA CON BIENES COLECTIVOS
- DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA CON INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Estos últimos se encuentran en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN, en esos casos puede no haber un colectivo afectado, ya que involucran a derechos individuales divisibles, sin embargo existe un hecho que provoca la lesión de todos aquellos y es identificable la causa homogénea, a este derecho se refirió la CSJN en este caso. A su vez, la CSJN no creía necesario que se inicie un juicio particular por cada persona afectada, sino que estaba bien que se identifique la colectividad con PADEC de todos los usuarios involucrados.

✓ **FALLO MUNICIPALIDAD DE BERAZATEGUI c. CABLEVISION**

El municipio de B, promovió una acción de carácter colectivo contra la empresa cablevisión porque

consideraba que la empresa incumplía las condiciones que establecían el abono mensual que los usuarios debían pagar por el servicio. La municipalidad entendió que se sentían afectados los intereses de los usuarios, la CSJN considero que la municipalidad no tenía legitimación porque detrás del mensaje colectivo se escondía detrás un caso del derecho publico administrativo con lo cual entendio que los Estados gozan de prerrogativas que hagan cumplir con estas normativas. Sin embargo, la CSJN aprovecho esta oportunidad para abordar un problema “fórum shopping” donde distintas asociaciones promueven acciones colectivas ante tribunales para que uno de ellos haga lugar a la sentencia y acoja el reclamo. La CSJN dice que se genera un riesgo de que se dicten sentencias contradictorias en procesos parecidos, por lo cual entendio que era necesario promover un “Registro de acciones colectivas” en el cual se inscribieran los procesos iniciados para promover la defensa de intereses individuales homogéneos o derechos de incidencia colectivas. Al mismo tiempo entendio que esta solución brindaría mejor información para conocer los procesos en tramite y hacer valer mejor sus derechos.

el registro fue creado y luego se regularon distintos aspectos.

XI: DERECHOS Y BIENES:

ART 15, CCyCN Titularidad de los derechos: las personas son titulares de los derechos individuales sobre bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en el código. Se ratifica el derecho evidente de propiedad de las personas sobre los bienes de su patrimonio de conformidad con el artículo 14 de la CN.

ART 16, CCyCN Bienes y cosas: los derechos referidos en el art 15, pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

BIENES:

Constituyen el objeto de los actos jurídicos siendo las cosas objeto inmediato de los derechos reales.

Los bienes pueden ser:

MATERIALES → referencia a cosas

INMATERIALES → referencia a los derechos patrimoniales

Se identifica a los bienes con la valoración económica, el CCyCN reconoce los bienes individuales sin valor comercial y los bienes comunitarios.

Desde el punto de vista económico esos bienes pueden tener o no valor económico

En el anterior CCyCN: La noción del bien estaba estrechamente vinculada al referido enfoque económico, por tanto de seguirse utilizando este concepto no podría aplicarse a los bienes ambientales o del cuerpo humano.

Actualmente reconoce los:

- Bienes individuales de valor económico
- Bienes individuales sin valor comercial
- Bienes comunitarios

La actual redacción del CCyCN pueden derivarse los bienes individuales sin valor comercial. Al respecto, el avance científico y tecnológico acarrea muchos nuevos desafíos para el derecho privado y particularmente permite la celebración de relaciones jurídicas, por ejemplo sobre las distintas partes del cuerpo. Así, la

legislación no puede desconocer estos hechos ni impedir el progreso de la ciencia. Así la legislación no puede impedir el progreso de la ciencia, así el CCyCN estableció una directriz valorativa a partir de la creación de una categoría de objetos de derechos que no tienen valor económico, sino efectivo.

PATRIMONIO

- **Universal**, se mantiene idéntico a sí mismo.
- **Necesario**, ya que todas las personas tienen aptitudes de adquirir bienes
- **Único**, cada persona es titular de un solo patrimonio
- **Inalienable**, implica que se puede disponer de los bienes pero no de la totalidad del patrimonio
- **Garantía de acreedores**, se graba por las deudas que contrae su titular

XII: DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Conjunto de familia o grupo de convivientes que se identifican como pertenecientes a un mismo pueblo con una organización propia que comparte un pasado histórico, cultural y territorial

PUEBLOS INDÍGENAS

Conjunto de familias y comunidades que se identifican con una historia común anterior al nacimiento de la Nación, que poseen una cultura y organización propia, se vinculan con una lengua y entidad y habiendo compartido territorio en común a través de sus comunidades.

ART 75 inc 17 CN: Reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de sus tierras (...) Incorporación de Tratados Internacionales, se logró un cambio de paradigma del cual el CCyCN fue receptor.

ART 18 CCyCN, posesión y propiedad comunitaria: 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 en el art 75 inc 17 de la CN.

- En el nuevo CCyCN: CODIGO CON IDENTIDAD CULTURAL LATINOAMERICANA: el CCyCN posee una perspectiva de regulación orientada a integrar el bloque cultural de la región.
- En la nueva CN: paradigma PROTECTORIO, la norma suprema ordena implementar una serie de medidas que aseguren la protección a los sectores vulnerables, la incorporación del art 75 inc 17 da la incorporación de un modelo de **igualdad real**, la propiedad y posesión de las tierras es un ejemplo de derecho de igualdad como emancipación que busca una igualdad real entre los pueblos indígenas y los no indígenas.
- La cuestión TERRITORIAL: se destaca la relación especial que tienen los indígenas con su hábitat considerando que su territorio es la base de su espiritualidad y su supervivencia. La corte Interamericana de DDHH, menciona que la noción tradicional de posesión no necesariamente coincide con la concepción clásica de propiedad, sobre todo por las formas en que las comunidades indígenas se relacionan con su tierra, siendo esta una parte esencial de su identidad.
- PERSONERÍA JURÍDICA: A los derechos vinculados con sus tierras se le asume este derecho que abre la posibilidad de que las comunidades puedan accionar judicialmente ante los tribunales en defensa

de sus derechos colectivos

✓ **FALLO COMUNIDAD INDIGENA EBEN EZER c. PROV DE SALTA**

La provincia de Salta aprueba una ley que le quitaba el carácter de reserva natural a los lotes fiscales 32 y 33 donde se encontraba la comunidad Eben Ezer, estos inician un amparo para que se deje sin efecto la norma. La corte pone en relieve las normas que protegen los bienes indígenas, destaca que la acción de amparo es la vía procesal más eficaz para resolver este tema. Hace referencia al derecho de la propiedad indígena considerando la relación estrecha que tienen los pueblos con su tierra, la CSJN resuelve que la sentencia debe volver a la instancia anterior para que se dicte otra sentencia en conformidad con los criterios ya establecidos.

Esto se resolvió 4 años más tarde del pedido de amparo de la comunidad, por lo que ya se había concretado el proyecto de los lotes, anteriormente la Administración de Parques Nacionales celebró un convenio para la creación de una reserva natural de los lotes 32 y 33. En 2010, la prov de Salta cedió al Estado nacional las tierras para la creación de la reserva.

✓ **FALLO MAPUCHE HUAYTEKAS c. MARTINEZ PEREZ / PALMA AMERICO:**

La comunidad pedía que se deje sin efecto una medida cautelar que pedía que se desaloje el terreno a pedido de Martinez Perez quien había comprado parte de esas tierras, el INAI entendía que la comunidad ejercía la ocupación de los terrenos de forma lícita y efectiva.

La cuestión territorial indígena es una cuestión federal por estar avalada por la CN. A su vez en este fallo se trata la ley 26.160 que en su artículo 2 suspende la ejecución de actos procesales cuyo objetivo sea el desalojo de las tierras ocupadas por comunidades indígenas. Esto pone al Estado nacional en obligación de proteger sus tierras y sus recursos naturales

✓ **FALLO AGRUPACION INDIGENA PAINEO c. TRIBUNAL SUPERIOR DE NEUQUEN:**

✓ **FALLO LHAKA HONHAT c. ARGENTINA/CID:**

Llega a la corte desde la propia comisión por la consecuencia de un reclamo de la comunidad, se reclama el título de la propiedad por la comunidad aborigen de la provincia de Salta, la comisión intimó al Estado Argentino por las obras realizadas por el Estado Argentino en esos lotes, la CID los considero actos ilegales, se reconoce en este fallo un avance en los derechos de los indígenas pero no en su cumplimiento total otorgando el título de la propiedad de manera correspondiente, son "intentos" sin intentar concluirlos. En 2014 se analiza el decreto que reconoce el derecho a la propiedad comunitaria, sin embargo la CID lo considera insuficiente porque no garantiza la propiedad y que las comunidades indígenas deben tener el derecho del título de propiedad formal a los fines de tener seguridad jurídica, la CID destaca que el Estado infligió esas normas y violó los derechos de los aborígenes al no respetar su propiedad, cultura y medioambiente sano, y condenó al Estado Argentino.

DERECHO PRIVADO.

Segundo parcial- UBA XXI

Sofía Guluzian

Capítulo 12.

Derechos sobre el cuerpo humano.

- El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) pone particularmente el acento en la protección de la persona humana.
- La reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad.
- Cuando hablamos de derechos del cuerpo humano nos referimos a los derechos íntimamente relacionados: el derecho a la vida, a la integridad, a la autonomía, a la inviolabilidad, etc.
- Cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho (vida, integridad, autonomía, etc.) debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social.

Derecho a la vida.

- Implícito en nuestra Constitución Nacional y reconocido expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inc. 22 de la CN.
- El máximo Tribunal sostuvo que el derecho a la vida es el primer derecho que tiene cualquier ser humano y que es inviolable y fundamental, por lo que existe una obligación a las autoridades públicas de garantizar este derecho y protegerlo.
- Los tratados internacionales con jerarquía constitucional reconocen los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

SALUD REPRODUCTIVA

- La Ley de Reproducción Médicamente Asistida N. 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.
- Técnicas de reproducción humana asistida: esas técnicas se realizan con asistencia médica para la consecución del embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, con o sin donación de gametos y/o embriones, y los nuevos procedimientos y técnicas, desarrollados mediante avances técnico.

El derecho convencional a la salud reproductiva se relaciona con el derecho de la autonomía reproductiva y con el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva.

- **Filiación post mortem**

Constituye núcleos problemáticos que se derivan de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) que el CCYCN no resuelve de manera precisa y por lo cual queda abierto un debate y problemática.

Resulta conveniente precisar a qué supuestos nos referimos cuando hablamos de **TRHA** con material crio-conservado de una persona fallecida (post mortem)

- 1. la TRHA con material genético del/ de la cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de fertilidad
- 2. la implantación de un embrión crio-preservado con el consentimiento del cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de fertilización
- 3. el cónyuge o conviviente muere y la mujer requiere la extracción de su material genético para realizarse la TRHA

En los tres casos lo importante a remarcar es el consentimiento y voluntad de la persona fallecida: el querer ser padre o progenitor.

CASO N.O.C.P

En el caso N.O.C.P., una pareja conviviente, de diferente género, estaban en el año 2011 realizando un tratamiento **de fertilización asistida** cuando se produce el fallecimiento del hombre –el Sr. P.– a causa de un accidente. Tal situación provoca que su pareja –la Sra. C.– requiera al juzgado federal que entendía en la causa del accidente el **permiso para la extracción del semen cadavérico de su conviviente**. Dicha petición fue aceptada y se procedió a la extracción y consecuente conservación en un centro de fertilidad.

Pasados casi cinco años, la Sra. C pretende realizar la fecundación de sus óvulos con los gametos crio-preservados de su pareja fallecida pero el centro de fertilidad **se niega a realizar el tratamiento por carecer de la autorización correspondiente en vistas de la falta de consentimiento del Sr. P.** para utilizar sus gametos crio-preservados. Por tal motivo, la Sra. C. acude a la Justicia a fin de que se le otorgue la autorización para realizar el tratamiento. Como no existe decreto específico ni ley determinada que se pueda aplicar en este caso, el juez apela a dos importantes puntos para resolver el caso. Principalmente, el derecho de una persona de poder hacer todo lo que esté dictado por ley, y también de hacer lo que NO esté prohibido. La fertilización post mortem no está prohibida.

Luego, lo más importante a analizar se ve reflejado en la voluntad o consentimiento de la persona fallecida a tener hijos. Esto determinará si el juez dará lugar al pedido de la Sra. C. o no. La Sra. C. y el Sr. P. estaban casados hace varios años y por testigos y pruebas distintas el tribunal conoció que estaban en busca de formar una familia antes de que lamentablemente el actor masculino de la pareja falleciera. Entonces, con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevisiblemente por el terrible accidente en el que perdió la vida.

Por lo expuesto, normas legales, doctrina y jurisprudencia citadas; resolvió:

Hacer lugar a la autorización pedida. **En consecuencia, autorizó a la Sra. C. P. N.**

O. a someterse a los tratamientos de fertilización médica asistida con los gametos

Crio-preservados de quien en vida fuera P. D. P

DONACIÓN DE ÓRGANOS

Los casos de donación de órganos de personas vivas sin vínculo familiar y de las denominadas células madre.

- En el caso de la donación de órganos entre vivos sin vínculo familiar la cuestión a analizar radica en determinar si la finalidad tenida en miras por la ley se cumple en el caso.
- Mientras que en la llamada donación de células madre se encuentra en juego la posibilidad de reservar para uso exclusivamente autólogo (cuando la misma persona es donante y receptor) las muestras de CPH de cordón umbilical y o su uso debe ser alogénico (a favor de terceros)

(Bajo la normativa anterior de trasplantes órganos, Ley 21.541,18 la CSJN se expidió en el caso *Saguir y Dib* sobre los requisitos para la existencia de la donación de órganos entre vivos. En este caso, se autorizó a una menor a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en su hermano.)

- ❖ no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo.

I. CASO C., M

El Sr. MC., de 50 años, inicia una acción ante la justicia tendiente a obtener una autorización judicial que le permita donarle su riñón a su amigo, el Sr. EN.

Ello en virtud de que la propia Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos N. 24.193, autoriza la ablación de órganos entre vivos solo en los supuestos establecidos expresamente en el artículo 15 de dicho plexo normativo, **que entre las condiciones que exige para su autorización es que el receptor deba ser su pariente, conyugue o persona con la que conviva.**

En el caso, **no se ostenta el vínculo requerido** por la norma para que sea factible tal donación, por tal motivo es que el Sr. MC manifiesta y presenta **pruebas tendientes a demostrar la**

relación existente entre ambos. En ese sentido, señala que su **amistad** es de casi cuarenta años y que los une un vínculo que abarca a las familias de ambos, así como los momentos compartidos. Sostiene que le insistió a su amigo para que lo acepte como donante y realizaron en el Hospital Alemán, con el equipo de trasplante tratante del Sr. EN, los estudios necesarios que demostraron que existía una compatibilidad positiva.

El Sr. Fiscal Federal comienza su sentencia recordando que el derecho a la vida y la preservación de la salud posee jerarquía jurídica ya que están los dos derechos incluidos en tratados internacionales de Derechos Humanos. Analizando el caso, afirma que la ley de Trasplantes de Órganos no pretende limitar la posibilidad de un paciente a que reciba un órgano de un usuario que no sea su familiar.

Luego de reafirmar que el Sr. MC posee un fuerte lazo sentimental basado en una amistad con el Sr. EN, **El Sr. Fiscal Federal da lugar al pedido a la ablación de uno de los riñones del Sr. MC para ser implantado en el Sr. EN**, quedando bajo responsabilidad del Hospital Alemán la realización de nuevos estudios para la intervención.

II. CASO C., M. E. y otros c/ EN-INCUCAI

El fallo que se analizará a continuación aborda la cuestión de guarda y conservación de células madre de sangre placentaria y del cordón umbilical colectadas al nacimiento de una persona.

El cordón umbilical a la hora del nacimiento es un gran portador de células madres formadoras de sangre, las aplicaciones médicas de la sangre de cordón son similares a las de la médula ósea del adulto y, actualmente, solo se utilizan para tratar enfermedades de la sangre.

Si bien a la **fecha no existen en la República Argentina otros tratamientos aprobados** con células madre, muchas personas contratan con establecimientos privados la colecta, guarda y conservación de la sangre placentaria y del cordón umbilical. La finalidad es preservar este material para uso autólogo, es decir de la propia persona, o de su grupo familiar, en caso de que en el futuro contraigan una enfermedad y exista entonces un tratamiento aprobado con células madre para esa enfermedad.

En el año 2009, el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (**INCUCAI**) había emitido la resolución N° 69 que establecía que las células madre provenientes de la sangre placentaria y del cordón umbilical que se colectaran para usos autólogos eventuales deberían ser inscriptas en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas y estarían disponibles para su uso alogénico, es decir, para ser trasplantadas a otras personas. La resolución 69/2009 también establecía requisitos para la habilitación de los establecimientos y bancos dedicados a la conservación de células madre provenientes de la sangre placentaria y del cordón umbilical, prohibiendo que tuvieran fines de lucro. **Padres de niños por nacer y establecimientos dedicados a la colecta, guarda y conservación de células madre promovieron entonces amparos contra el INCUCAI solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 69/2009.**

Uno de esos amparos fue el presentado por C., M. E. y el laboratorio Matercell S.A. La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al

confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad de la resolución.

El Sr. Fiscal Federal concluye entendiendo que la INCUCAI no posee la autoridad de poder ejercer aquel decreto, por lo que declara la inconstitucionalidad de la ley.

Capítulo 14.

El comienzo de Persona Humana

- ❖ El comienzo de la existencia de la persona humana es la primera cuestión que regula el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en el Libro Primero (Capítulo I, arts. 19-21)
- ❖ Se vincula con dos derechos importantes, el derecho a la vida y el derecho de reconocimiento a la personalidad jurídica. Este último derecho hace referencia al reconocimiento del ser humano como **sujeto de derechos**.
- ❖ Derecho a la vida: Se encuentra implícito en la constitución nacional. Sin embargo, es un derecho que cuenta con regulación expresa en tratados internacionales de Derechos Humanos.
- ❖ A partir de qué momento un ser humano es reconocido como persona jurídica.

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

derecho a la vida del nasciturus o persona por nacer

- ❖ los debates existentes se centraron en la punibilidad o no punibilidad del aborto, pero no en los asuntos vinculados a la salud reproductiva.
- ❖ La pregunta que surge allí, es si aquella disposición implica de modo explícito un reconocimiento constitucional del estatus jurídico de la persona por nacer, y una protección absoluta del derecho a la vida. Y si debe o no considerársela como un obstáculo constitucional para las prácticas abortivas.
- ❖ Por un lado, el artículo 75 inc. 23 de la CN se refiere al niño en situación de desamparo como beneficiario de un régimen de protección social, desde el embarazo
- ❖ En segundo lugar, el artículo 75 inc. 22 de la CN otorgó rango constitucional a una serie de convenciones y declaraciones de derechos humanos, que reconocen de forma explícita el derecho a la vida a partir de la concepción.

- ❖ Esta cuestión genera gran controversia, ya que es valorada desde distintas perspectivas biológicas, médicas, éticas, morales, filosóficas y/o religiosas.

Se ha planteado una problemática que consiste en cuál es la definición o cuando comienza el término “concepción”

Existen dos teorías sobre cuándo empieza la concepción.

- ❖ *La teoría de la fecundación:* esta teoría considera que existe concepción desde el momento que se une el ovulo y el espermatozoide, desde ese momento obtenemos un embrión con todas las bases genéticas para formar una nueva vida.
- ❖ *La teoría de la anidación:* Sostiene que la concepción recién se genera cuando el ovulo fecundado se implanta en el seno materno en la pared del útero, ya que recién ahí comienza la gestación.

La Convención de Los Derechos Del Niño es uno de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, cuando el congreso argentino aceptó este tratado, llevo a cabo una serie de reservas y puntos de análisis para ratificar que hay niño desde la concepción. Lo que incluye el período del embarazo.

En esta problemática entra también el conflicto con la posible legalización del aborto.

- En efecto, el **artículo 19 del CCyCN** define a la época de la concepción como el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo.¹¹ De modo que la norma relaciona la noción de “concepción” con la de “embarazo”, ya que no puede haber embarazo si no se dio, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. De igual modo, **el artículo 21 del CCyCN** sienta como principio que los derechos y obligaciones de la persona por nacer quedan irrevocablemente adquiridos con su nacimiento con vida.

CASO F., A. L.

INTRODUCCIÓN: Este caso es anterior a la entrada en vigencia de la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Antes de que esta ley se dicte, solo existían dos posibilidades de interrupción de embarazo sin que sea punible, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. desde antes de la reforma constitucional de 1994

se había desarrollado un extenso debate jurídico –tanto el ámbito del derecho penal como del derecho constitucional– sobre el alcance de la excepción. En efecto, la interpretación de esta norma dividió a la doctrina en dos líneas bien definidas. Por un lado, la **tesis restrictiva**, que, sobre la base de interpretaciones de tipo textual-gramatical, consideraba que la ausencia de un signo de puntuación entre los dos supuestos mencionados –violación o atentado al pudor– implicaba que ambos supuestos se referían al mismo sujeto: la mujer “idiotas o demente”.

De modo que, según esta lectura, el CPN sólo permitía practicar legalmente el aborto si la víctima del delito era una persona con una discapacidad mental.

Por su parte, la **tesis amplia** o bivalente sostenía que la no punición debía aplicarse a cualquier caso donde el embarazo fuese producto de una violación. Para ello, se basaba también en argumentos propios de una interpretación gramatical y sistemática del texto, pero fundamentalmente en una lectura armónica del artículo 86.2 del CPN con el DIDH en lo que atañe a la protección de la vida prenatal.

- Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia de Chubut –ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.– que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal.

La madre de la menor solicitó en Chubut la interrupción del embarazo, pero le fue denegada. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaria autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso.

También, se exhorta a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

CASO ARTAVIA MURILLO

El fallo Artavia Murillo es una sentencia dictada por la Corte IDH, el 28 de noviembre de 2012. Allí, se analizó la responsabilidad internacional de Costa Rica, por violación de los derechos humanos reconocido en la CADH, como consecuencia de la prohibición de la fecundación in vitro (FIV) en dicho Estado, vigente desde hacía doce años.

Específicamente, la Corte IDH analizó si esa prohibición violaba el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal y a construir una familia, reconocidos por el derecho internacional. Y si la obstaculización en el acceso a servicios de salud reproductiva violaba el derecho a estar libre de discriminación.

Debemos explicar que la Corte IDH, junto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), son los órganos creados en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Este último es un sistema regional de promoción de los derechos humanos en América, creado por los Estados soberanos de dicho continente, y en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Para definir brevemente las funciones de estos órganos, señalamos que la Comisión (CIDH) promueve la observancia y la defensa de los derechos humanos, y sirve como órgano consultivo de la OEA en esta materia.

Es importante destacar que este Sistema tiene carácter subsidiario. Eso significa que sólo interviene después de haberse acudido a las instancias judiciales locales, sin obtener un remedio para la violación de los derechos.

Aclarado lo anterior, en el fallo en comentario la Corte IDH analiza si la prohibición de la FIV en el derecho interno de Costa Rica, podía justificarse en una protección absoluta de la vida “desde la concepción” (art. 4.1 CADH), como consecuencia del riesgo de descarte de embriones no implantados. Para eso, parte de reconocer la dificultad en encontrar una definición consensuada sobre el inicio de la vida.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sentencia que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000.

Se anula por inconstitucionalidad el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de Costa Rica basado en la fecundación in vitro y sus restricciones o pautas.

- Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”.
- También la Sala hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que “las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”.
- Se toma en cuenta la situación de la presunta víctima.
- Interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Declaración Americana
- El Estado alegó que el embrión debe considerarse como “niño” y que, en consecuencia, existe una obligación especial de protección respecto a él

La corte declara, por cinco votos a favor y uno en contra, que: El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Y **DISPONE** por cinco votos a favor y uno en contra, que: Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. Y que El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia.

CASO PORTAL DE BELÉN

El caso trata sobre la llamada “**píldora del día después**”, o “anticoncepción de emergencia”. En términos jurídicos, se analiza si la autorización para **la fabricación, distribución y comercialización** de ese fármaco es inconstitucional, por sus posibles efectos abortivos.

La píldora había sido autorizada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) en 1996, y al momento de dictarse el fallo, se encontraba a la venta y era indicada por los profesionales de la salud.

En ese contexto, el fármaco se presentaba como una alternativa al aborto, por su efecto de evitar la implantación del óvulo fecundado. Su utilización generó una discusión bioética, y en setiembre de 1999 el Ministerio de Salud solicitó a la Comisión Nacional de Ética Biomédica que se pronunciara “acerca de cuándo comienza la vida humana”. El informe situó aquel momento en la fecundación, es decir, con la asociación del óvulo y el espermatozoide. Esta opinión tuvo gran impacto en la discusión, ya que la “píldora” inhibe por un lapso la ovulación, si ésta no se ha producido aún, al contener una gran dosis única de anticonceptivos hormonales.

Sumándole también que inhibe la posibilidad **de anidación** al ser consumida. En este contexto, una asociación civil sin fines de lucro (**Portal Belén**) promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco por efectos abortivos. Este fundo su presentación en **el derecho e la vida humana desde la concepción**.

Es importante analizar en este caso que la sentencia de la Corte se basa en la interpretación del concepto de “concepción”

La corte resuelve dando lugar a la acción de amparo prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco “Imediat” por estas razones:

- Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior
- Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos.
- Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.
- Que la píldora en cuestión posee efectos en los cuales se inhibe la fecundación del óvulo y la anidación.
- Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida.

La interpretación efectuada por la Corte en Portal de Belén estableció un criterio constitucional sobre el inicio de la personalidad jurídica de la persona por nacer a partir de la fecundación.

CASO S.V.S. c. O.S.D.E

(Este fallo y los siguientes abordan el problema del vacío legal sobre algunas cuestiones complejas que involucran las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). En particular, la posibilidad del descarte de embriones crio-preservados que no fueron implantados)

la Sra. V. S. S. inicia una acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios ya que exige que la prepaga u obra social cubra totalmente los medicamentos y las etapas del tratamiento de fertilización in Vitro por la técnica (ICSI) a llevarse a cabo en el CEGYR. El reclamo de la accionante tiene como objeto superar la infertilidad que aqueja a la pareja, como producto de un cuadro de Oligoastenoteratospermia moderada que padece el Sr. R. sumada a la disminución de reserva ovárica que afecta a la Sra. S.

- Para dictar sentencia y analizar el caso, la corte se funda en que la vida de persona jurídica (es decir con derechos) comienza desde la concepción. En primer lugar, aclararan que la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del art. 1º de la misma otorgan protección a la vida humana desde el momento mismo de la concepción.
- Es así como la citada Convención Americana de Derechos Humanos garantiza a toda persona el respeto por su vida a partir de la concepción, al igual que la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- Se señala –en términos generales– que “los derechos humanos, fundantes de todo el esquema normativo, configuran el gran límite a cualquier tipo de legislación o decisión judicial”
- Todo lo precedentemente reseñado nos conduce a afirmar que indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial– en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos.
- Como se ha expresado, permitir el “descarte” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “utilización en el campo experimental” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana.

CASO D. P., R. V. c. F., A. E. s/ medidas precautorias

La pretensión se circunscribe al pedido que formula la Sra. R. V. D. P. para que se proceda a la implantación en su seno de tres embriones crio-conservados en el centro de Salud Procreate, formados con material genético de la requirente y su cónyuge, el Sr. A. E. F., a la postre el demandado en estos autos.

Por su parte, el accionado expresó en su libelo de contestación que no presta su conformidad para la implantación de esos embriones. Relata los lamentables sucesos por los que atravesara la pareja ante el fallecimiento de dos niñas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), y manifiesta que tal situación los afectó a tal extremo que resultó imposible continuar la relación, la que finalizó a fines del año 2014.

Refirió que el tratamiento fue iniciado en un momento de la vida en que ambos compartían el deseo de formar una familia y que el consentimiento fue prestado por un plazo de doce (12) meses, pudiendo ser renovado por mutuo acuerdo; además dice que se les informó que cada implantación requería de un nuevo consentimiento de ambas partes.

- De modo tal que no se está juzgando aquí sobre el destino de los embriones crio-conservados, sino más bien, sobre el derecho de uno de los miembros de la pareja aportante de gametos a revocar el consentimiento otorgado o, como en el caso, a no concederlo.
- El artículo 7° de la ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” expresa: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”
- No se discute aquí el comienzo de la vida humana, como tal, que jurídicamente está reconocido en el artículo 19 Cód. Civ. y Com. de la Nación, sino más bien, el derecho de revocar aquel consentimiento otorgado por un plazo y luego no extendido en el tiempo.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar con el alcance indicado en los considerandos la resolución [apelada].

CASO R., G. J. y otro/a s/ autorización judicial

La señora M. J. L. y el señor G. J. R. se presentan solicitando autorización judicial para interrumpir la crioconservación de embriones. En la presentación inicial manifiestan que, en razón del tratamiento de fertilización desarrollado, producto del deseo de ser padres, se conformaron nueve embriones los cuales fueron crio-conservados en la Clínica Procreate. En el año 2014 la pareja procede a implantarse tres embriones, hecho que produjo el nacimiento de su primer hijo.

En el año 2017 nace el segundo hijo de la pareja, sin utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Con la existencia de sus dos hijos y sin voluntad de ser de nuevo padres en un futuro, los requirentes solicitan a la Clínica Procreate la suspensión de la crioconservación de los seis embriones restantes, la cual les manifiesta la necesidad de una manda judicial para su cumplimiento en virtud del vacío legal existente en nuestra legislación.

Se consideran tres puntos principales para el análisis y sentencia de caso:

- Ausencia de normas para sentenciar el caso en cuestión.
- Voluntad procreacional, el artículo 562 del Cód. Civ. y Comercial refleja que la procreación por reproducción humana asistida es posible con el consentimiento previo de los dos actores en cuestión. Agregando en el art. 560 que el consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de los gametos o embriones generados. En el caso planteado los titulares de los embriones crio-congelados expresan que han concretado su voluntad procreacional a través del nacimiento de sus dos hijos, manifestando no querer tener más hijos, así como no querer estar en forma vitalicia ligados a dicha situación: en razón de esta posición es por lo que solicitan la interrupción de la crioconservación.

- Estatus jurídico del embrión crio-congelado. Para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

Otros de los aspectos que fueron tomados en cuenta es la protección de la vida privada y consentimiento de la persona humana.

Por todo lo expuesto, se resuelve otorgar la autorización para cesar la crioconservación de los seis embriones pertenecientes a la señora M. J. L. y al señor G. J. R. que se encuentra en custodia de la Clínica Procreate SA

Capítulo 15

Capacidad

Los cambios consagrados en el nuevo Código Civil y Comercial.

- ❖ Se entiende en términos generales como **capacidad** a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y deberes y ejercerlos por sí misma.
- ❖ La **capacidad de derecho o de goce** refiere a la aptitud que toda persona posee, por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones.
- ❖ la **capacidad de hecho** se define como la capacidad de obrar, es por ello que también se la llama **capacidad de ejercicio**. Se refiere a la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento. En consecuencia, la **capacidad de derecho** será la aptitud que tiene la persona por el solo hecho de serlo, mientras la **capacidad de hecho o de ejercicio** consiste en el obrar por sí mismo esos derechos adquiridos en virtud de su calidad de persona.

Tienen capacidad jurídica porque son personas, no son personas porque tienen capacidad jurídica. (Bures)

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) mantiene la distinción que hacía el viejo Código de Vélez entre capacidad de derecho –definida en su artículo 22 como “la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos– y la capacidad de ejercicio (o, de hecho), entendida conforme al artículo 23 CCyCN como potestad para “ejercer por sí mismo sus derechos”

- Según el artículo 24 del CCyCN: son incapaces de ejercicio:
 - a) la persona por nacer
 - b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con al alcance dispuesto en la sección 2 de este capítulo.
 - c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

- Quedan entonces plasmados los tres principios que en materia de incapacidad deben ser siempre considerados de manera flexible por la autoridad competente:
 - a) presunción de capacidad
 - b) incapacidad en beneficio del sujeto y
 - c) proporcionalidad (supuestos limitados a aquellos que la persona no puede hacer sin colocarse en riesgo a si mismo o a sus bienes)

Personas menores de edad: el principio de autonomía progresiva.

El artículo 25 CCyCN nos trae las calificaciones con las que debemos manejarnos a la hora de interpretar las normas del derecho argentino:

- menor de edad: persona que no ha cumplido los 18 años; y
 - adolescente: persona menor de edad que cumplió 13 años.
- La persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por si 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.
 - Respecto de los adolescentes se presume que aquellos entre 13 y 16 años pueden “decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Cumplidos los 16 años, “es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”

En el año 2005, se sanciona la **Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061** que garantiza a los menores de 18 años los derechos consagrados en la CDN, entre los que se encuentra el derecho del niño a ser oído.

En su artículo 27, la Ley 26.061 crea la figura del abogado del niño, admitiendo que un menor puede presentarse por sí en tribunales con un letrado propio en asuntos que le atañen.

En sintonía con lo anteriormente expuesto, el Código otorga determinadas facultades a los menores, en especial a los mayores de 13 años, para realizar ciertos actos sin intervención de su representante legal.

CASO ASESORÍA DE FAMILIA E INCAPACES.

El caso en análisis es un claro ejemplo del ejercicio del derecho del niño a ser oído y de su recepción favorable en los tribunales argentinos. En términos de la Cámara es un caso “de manual”. La menor tenía 14 años y pidió la intervención de una abogada del niño para resistir una orden de re-vinculación coercitiva con su madre, a quien no deseaba ver por haber sido sometida a maltratos por parte de ella y de su pareja.

Que a fs. 141/145 vta. la Sra. Juez de Grado autorizó a S. S. B. a permanecer durante el plazo de 3 meses en la casa de su tía abuela C. I.

Asimismo, ordenó a la actora a coordinar las acciones junto al SPD, a fin de concretar encuentros de su representada con la madre y el gradual retorno de la niña a su hogar, debiendo informarse mensualmente al Juzgado de todo ello.

Se aclara que se debe aplicar una participación activa al caso ya que de por medio se encuentra un menor de edad amparado por los derechos de niños, niñas y adolescentes. No cabe siquiera dudar que en esta causa se aplica el nuevo Cód. Civil y Comercial, dado el carácter publicístico de la temática a resolver.

Cabe aclarar también que el menor ha solicitado lo que se llama abogado del niño anteriormente explicado, ya que todo niña o niño tiene derecho de acceder a un abogado especializado en derecho de niñez.

Se hace lugar también al derecho de la niña en cuestión de ser escuchada, por lo que se toma muy en cuenta su descontento con vincularse nuevamente con su madre por los hechos traumáticos y violentos que ha vivenciado gracias a esa persona.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente sentencia: Revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma. Disponer, por ende, que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor.

CASO F., H. O. s/artículo 152 ter

Se había rechazado el pedido de rehabilitación de una persona declarada inhábil en juicio en los términos del artículo 153 ter. del entonces vigente Código Civil manteniendo su interdicción en los términos de los artículos 54, incisos 3 y 141, inclusive para ejercer el derecho al voto.

La Cámara había fundado su sentencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° inciso a) del Código Electoral Nacional, el que excluye expresamente del padrón electoral a “los dementes declarados tales en juicio”, considerando que el nuevo régimen establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y por la ley que reconoce el Derecho a la Protección de la Salud Mental (Ley 26.657) no venía a derogar el régimen anterior, sino a complementarlo.

Dicho parecer fue recurrido por la Curadora Pública en representación de la actora, entendiéndose que “el señor H. O. F. padece un retraso mental moderado y requiere supervisión, es una persona autónoma, se hace entender, podría prestar su consentimiento informado, comprende situaciones cotidianas y ha expresado su deseo de votar.”

Planteó además como eje de su presentación ante la CSJN “...la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso a) del Código Electoral Nacional por encontrarse en pugna con los derechos emanados de la Constitución Nacional y de diversos tratados internacionales de derechos humanos y, consecuentemente, requiere que se autorice a su representado a ejercer el derecho al voto”

A favor del señor H. O. F., la curadora pública ha planteado que la sentencia anterior que prohíbe al señor a votar y a ser propietario directo de sus bienes es una sentencia arbitraria. Considera que la sentencia vulneró el plexo normativo en materia de salud mental y derechos humanos, en especial el derecho al voto, a la igualdad, a la autonomía personal.

Plantea la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso a, del Código Electoral Nacional por encontrarse en pugna con los derechos emanados de la Constitución Nacional y de diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Es de suma importancia analizar el caso teniendo en cuenta la voluntad del señor en situación de discapacidad de votar desde el año 2005, y que éste vive sólo desde el fallecimiento de su madre varias décadas atrás.

Sr aclara que la sentencia para determinar si el señor es capaz de votar no debería haber sido automática simplemente por su discapacidad, sino que debería haber sido evaluada según el estado del señor y de su situación específica.

En tal sentido, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se produjo un cambio profundo del enfoque acerca de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad que las concibe como titulares y sujetos plenos de derechos, reconociendo en el artículo 12 de ese instrumento internacional **que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardas proporcionales y revisables periódicamente.**

De acuerdo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el señor en cuestión debería poder acceder a su derecho a votar a menos que se haga una excepción demostrando que el usuario no tiene la capacidad para llevar a cabo aquella acción.

Luego del análisis del caso se da a conocer que el señor en cuestión debe ser empadronado y debe tener acceso al voto ya que es capaz de acceder a ese derecho. También se deroga el artículo 3 inciso a del Código Nacional Electoral por inconstitucional.

La anterior sentencia apelada que dejaba sin acceso al voto al señor, se deja sin efecto.

Capítulo 16

Inviolabilidad de la persona humana

Nuestro ordenamiento jurídico establece ciertos derechos que tienen su origen en la existencia misma de la persona humana, por el solo hecho de serlo. Estos pueden ser considerados como los más importantes. Se trata de los derechos denominados

personalísimos, también conocidos como derechos de la personalidad, aquellos que están tan íntimamente unidos a la persona que no pueden separarse de la misma en toda su existencia.

- **Rivera:** e los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.
- **Cifuentes:** considera a los derechos personalísimos derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.

El reconocimiento sustancial de estos derechos se encuentra en la Constitución Nacional (CN) en los artículos 18, primera parte, y 19.

En el artículo once de la Convención Americana de Derechos Humanos se expresa que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad. Aquí se basan las bases de los derechos personalísimos, en la dignidad humana y sus manifestaciones.

Con la sanción del **CCyCN**, se introdujo un capítulo específico que regula estos derechos en el Libro Primero, Parte General, Título I Persona Humana, Capítulo 3 “Derechos y Actos personalísimos”. Esto implicó un cambio de paradigma en la noción de persona con relación al código velezano, pasando del concepto de “persona de existencia visible” al de “persona humana”, lo cual implica un reconocimiento de ésta como un fin en sí misma.

Los derechos personalísimos poseen ciertas características particulares: son **innatos** –nacen con la persona–, **vitalicios** –siguen a la persona durante toda la vida–, **necesarios** –para el desarrollo de la persona–, **esenciales** –no pueden ser dejados de lado–, de objeto interior –se desprenden de la personalidad–, **inherentes** –no pueden separarse de la persona–, **extrapatrimoniales** –no poseen contenido económico–, **privados** –porque se ubican en el ámbito del actuar de los particulares–, **absolutos** –en el sentido de que son oponibles erga omnes–, **autónomos** –no dependen de otras figuras jurídicas– y **relativamente indisponibles** –no se pueden disponer, ceder, negociar, solo es posible hacer algún tipo de alteración parcial y transitoria.

- Podemos agrupar en categorías a los derechos personalísimos según su contenido, en este sentido se puede señalar la existencia de dos sistemas de clasificación, uno **unitario** que entiende que se trata de un derecho a la personalidad del cual se desprenden múltiples facultades, y otro **plural**, que agrupa los derechos personalísimos dependiendo que bienes o manifestaciones interiores estos protegen

Cifuentes señala que prevalece el criterio plural y hace una división de los derechos en tres grupos: En primer lugar, los derechos de la integridad física, los cuales comprenden la vida, las facultades sobre el propio cuerpo y los derechos relacionados con la salud, en segundo lugar, el derecho a la libertad, entendida en sentido amplio, no solamente comprende la libertad física, sino también la expresión de ideas y sus manifestaciones, y, en tercer lugar, los derechos de la integridad espiritual, que tienen que ver con la identidad, el honor, la imagen, la intimidad.

INVOLABILIDAD DE LA PERSONA.

Cuando hablamos **de inviolabilidad de la persona** humana debemos tener en cuenta que dicha noción se encuentra esencialmente vinculada al concepto de “dignidad”. El capítulo referido a los derechos y actos personalísimos en el CCyCN comienza con el reconocimiento a la inviolabilidad de la persona como piedra angular para el desarrollo de los derechos de la personalidad. En efecto, el artículo 51 del Código establece: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Todos los derechos personalísimos se fundan en la dignidad, su reconocimiento y su respeto.

Por su parte, es interesante observar la terminología aplicada en la norma, la palabra “inviolabilidad” es utilizada como una garantía.

Acá la norma alude a la inviolabilidad de la persona humana como una garantía que posibilita que la dignidad le sea reconocida y respetada en toda circunstancia. La persona como tal, su integridad, se encuentra resguardada en todas sus dimensiones.

No es posible comerciar ni negociar la dignidad y el respeto, ya **que no tienen valor económico**, pero ello no implica que no puedan existir afectaciones a esa dignidad.

- El art. 52 del Código Civil y Comercial Nacional establece: “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.
- En esta inteligencia, el artículo finalmente establece que las personas humanas afectadas en su dignidad pueden reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos a través de la tutela inhibitoria y resarcitoria. Si ocurre una violación a este derecho, se debe indemnizar a la persona debidamente.
- Es relevante mencionar en este último punto que el artículo 1738 del CCyCN establece que las indemnizaciones deben incluir especialmente “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”

CASO Albarracín Nieves, Jorge Washington

El 5 de mayo de 2012, Pablo Jorge Albarracini Ottonelli, de 38 años, resultó víctima de un robo a mano armada en la puerta de su casa, ubicada en la localidad bonaerense de San Justo. Encontrándose gravemente herido producto de haber recibido seis balazos en el cuerpo, es internado en un sanatorio privado de

la Ciudad de Buenos Aires, donde fue intervenido quirúrgicamente de urgencia. Con ese cuadro clínico, el cuerpo médico que lo atendía consideró necesario realizarle una transfusión de sangre, resultando este último hecho el comienzo de la disputa. Dado que Albarracín Ottonelli no se encontraba en condiciones de expresarse por sí mismo, su esposa, Romina Carnevale, se negó a que le realizarán tal práctica médica, manifestando que ambos pertenecían al culto Testigos de Jehová y que Pablo, en el año 2008, con anterioridad a su hospitalización, había efectuado una declaración certificada por escribano público, en la que manifestaba la pertenencia al culto mencionado, resultando ello motivo para no aceptar transfusiones de sangre.

A partir de esta situación, el padre de Pablo Albarracini Ottonelli, Jorge Washington Albarracini Nieves, solicitó a la justicia que dicte una medida precautoria para que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento.

En primera instancia, el juez a cargo de la causa, si bien admite la autenticidad de un documento que expresaba la voluntad del paciente certificado por escribano público, hace lugar a la medida solicitada por el padre con fundamento en que el paciente “no se encuentra en condiciones de tomar decisiones con pleno discernimiento”. Ante la decisión del juez de primera instancia, la esposa de Pablo Albarracini Ottonelli apela y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hace lugar al planteo, revocando lo resuelto en la instancia anterior por considerar que debía primar la decisión adoptada por el paciente en las directivas anticipadas. Para resolver así, tuvo como sustento los principios de autodeterminación y de libertad de conciencia y religiosa.

- el paciente había dejado expresada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de “directivas anticipadas” en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre, aunque peligrase su vida.
- , el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa de Pablo.
- No existen pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no haya considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión.
- Que también en ese caso se ha dicho que “el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia, se hace lugar al pedido de la señora del hospitalizado.

CASO D., M. A

El 23 de octubre de 1994, Marcelo Diez (M.A.D.) tuvo un accidente vehicular en la provincia de Neuquén por el cual fue hospitalizado debido a las graves lesiones que sufrió. Luego de unos días en coma inducido, despertó y su salud se estabilizó, hasta que en el mes de diciembre a

causa de una infección intrahospitalaria el paciente lamentablemente quedó en estado vegetativo permanente. Desde ese momento, no hubo ningún indicio de mejoría a pesar de todas las terapias empleadas para intentar rehabilitarlo. El paciente se mantuvo en ese estado por más de 20 años.

En la Argentina no existe ninguna norma que regule un caso como éste, en sentido de que no hay una autorización específica para lo que sería la “desconexión” del paciente.

A esto se lo conoce como “muerte digna”. Es importante aclarar en este punto que los términos “muerte digna”, “eutanasia” y “suicidio asistido” no son sinónimos, si bien los tres se fundamentan en el derecho a la autonomía personal y a decidir sobre nuestro propio cuerpo, son sustancialmente diferentes.

La muerte digna, también conocida como eutanasia pasiva, en donde el procedimiento consta en el cese de los soportes vitales que mantienen con vida al paciente y la abstención de resucitación por parte del cuerpo médico para que la muerte se produzca en forma natural. La cuestión de la muerte digna tomó relevancia cuando un caso legó a la Corte, en donde un bebé había nacido muerto, pero al reanimarlo quedó también en un estado vegetativo permanente.

Se discutió entonces las regulaciones de la muerte digna y los límites o accesos que debería tener cuando una persona se encuentra en esa situación. Finalmente, la Ley 26.742 fue sancionada el 9 de mayo de 2012, modificando, el art. 2 inciso e) de la Ley 26.529 sobre autonomía de la voluntad, incorporando el siguiente párrafo: “En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado”

Volviendo al caso de M. A. D., casi 18 años después del accidente y con la entrada en vigencia de la nueva ley, las hermanas solicitaron en la institución donde se encontraba internado que cesaran los procedimientos de hidratación y alimentación a su hermano, para que este pueda morir, lo cual les fue negado a pesar de que la normativa no precisaba autorización judicial alguna para realizar dicha práctica médica.

- Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto la sentencia que, al confirmar la de primera instancia, había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordenara la supresión de su hidratación y la alimentación enteral.
- Para decidir de esa forma, el a quo señaló que tal petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.
- Por estas razones, consideró que la petición de las hermanas y curadoras de M.A.D. se halla comprendida en las disposiciones de la ley citada. En consecuencia, sostuvo que tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D.

- Finalmente, enfatizó que la ley establece un mecanismo que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.
- Que, atento a la complejidad científica, ética y deontológica que presenta la cuestión planteada y, teniendo en cuenta que se encuentra involucrado el derecho a la vida, a la salud, a la autodeterminación y a la dignidad de M.A.D., el Tribunal consideró necesario requerir la opinión técnica del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro.
- Que, en este contexto y a partir de todo lo afirmado precedentemente, resulta indispensable valorar que las hermanas de M.A.D., que son mayores de edad y, a su vez, fueron designadas como sus curadoras, solicitaron el cese de la provisión de tratamiento médico y de medidas de soporte vital manifestando con carácter de declaración jurada que esta solicitud responde a la voluntad de su hermano.

Capítulo 17

Derecho a la imagen, derecho a la intimidad y libertad de expresión

Derecho a la imagen.

- ✚ El derecho a la imagen ha sido caracterizado como un derecho absoluto que cada persona tiene sobre su propia imagen y que confiere la atribución de negarse a que sea captada, reproducida o difundida, salvo circunstancias excepcionales que permiten invertir el principio.
- En **la Constitución Nacional** no existe norma específica que proteja el derecho a la imagen, pero se lo considera incluido dentro de las garantías implícitas del artículo 33.

El derecho a la imagen está regulado en nuestro orden jurídico por dos normas. En un primer momento, el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 del año 1933 otorgó protección contra la publicación sin consentimiento del retrato fotográfico de una persona.

El artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) terminó de configurar el derecho a la imagen, incorporando y desarrollando los principios del art. 31 de la Ley 11.723. Esta norma establece que:

Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

- que la persona participe en actos públicos;
- que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

- que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

El artículo 53 no derogó al artículo 31 de la Ley 11.723. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) afirmó que el artículo 53 del CCyCN reproduce, en sustancia, la finalidad y el propósito del mencionado artículo 31 de la Ley 11.723.

- El artículo 31 de la Ley 11.723 establece que la persona que ha dado su consentimiento para la publicación de su imagen puede revocarlo resarcido los daños y perjuicios, sin necesidad de invocar motivo alguno.
- El consentimiento para usar la imagen de una persona fallecida debe ser prestado por los herederos o por la persona designada en una disposición de última voluntad hasta veinte años después de la muerte
- Por otra parte, el derecho a la imagen no es absoluto y tanto la Ley 11.723 como el Código establecen ciertas excepciones en virtud de las cuales no se requiere el consentimiento de una persona para captar o publicar su imagen o voz. Estas excepciones son tres:
 - (i) la existencia de un fin científico, educacional o cultural prioritario, adoptándose las precauciones para evitar un daño innecesario
 - (ii) la captación y publicación de la imagen o voz de una persona que participa de un acto público
 - (iii) el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general

Derecho a la intimidad

- 🚩 El **derecho a la intimidad** ha sido caracterizado como el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad u otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos

El artículo 19 de la **Constitución Nacional (CN)** consagra poéticamente y en forma muy genérica el derecho a la intimidad al establecer que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”

El *artículo 12 de la Declaración Universal* establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- El artículo 1.071 bis del Código Civil estuvo vigente hasta la sanción del CCyCN. Las reglas de esa norma fueron incorporadas, con adecuaciones,¹¹ al art. 1770 del CCyCN que dispone:
Protección de la vida privada. *El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o*

sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias

- **La violación de la intimidad** puede darse tanto a partir de la difusión de información sobre la vida privada, como también por el sólo hecho de entrometerse en ella.
- El hecho de que la información divulgada sea verdadera no opera como eximente de la responsabilidad, ya que el atentado consiste, precisamente, en hacer público algo que tenía carácter reservado.

CASO Ponzetti de Balbín

Tanto el derecho a la imagen como el derecho a la intimidad plantean una tensión muy fuerte cuando se enfrentan al derecho a la información o libertad de prensa también garantizada por la Constitución. Por un lado, el derecho que el pueblo a ser informado, a informar y de que se publiquen las ideas sin censura previa. Por el otro, el derecho de todo individuo a que se respete su intimidad, su imagen, su hogar, sus relaciones afectivas.

En el caso que se analizará a continuación, un fotógrafo de la revista Gente obtiene subrepticamente fotografías del entonces líder radical, Ricardo Balbín, agonizando en la sala de terapia intensiva de una clínica de La Plata. Un día después de su fallecimiento, las fotos son publicadas en la tapa y páginas interiores de Gente, mostrando a Balbín con el torso y el vientre desnudo, con sondas y conectado a un respirador artificial.

Las fotos conmocionaron no sólo a la familia Balbín, sino también a toda la sociedad. La viuda, Indalia Ponzetti, promovió una demanda contra Editorial Atlántida.

- *la decisión del juez* no estuvo fundada en derecho, sino que ha sido “la reacción emocional, casi subjetiva, política, del público.
- El juez ha analizado e interpretado correctamente el tema de la intimidad. Los emplazados en autos no han acreditado contar con la autorización del enfermo, ni de sus familiares, para la obtención y posterior publicación de la fotografía cuestionada, lo cual pone en evidencia la arbitrariedad a la que alude la norma.
- La garantía de la libertad de prensa, como ningún otro derecho, no es absoluto, ni debe interpretarse de manera que anule o contradiga otro: sobre tal recuerdo, destaca que la libertad de imprenta, si bien garantiza la publicación de las ideas sin previa censura, no implica dejar a salvo de la penalización de los eventuales delitos o abusos cometidos en el ejercicio de esa libertad.
- Sostiene la recurrente que el fallo impugnado resulta violatorio de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

- Que, en el presente caso, si bien no se encuentra en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad.
- Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación **pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general**. Pero ese avance sobre la intimidad **no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas** y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión.
- En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y **su publicación configura una violación del derecho a la intimidad**.

CASO Rodríguez

Sin los motores de búsqueda de internet sería prácticamente imposible ubicar la información que necesitamos en los más de 1.782 millones de sitios web existentes y que se incrementan segundo a segundo. Sin embargo, también el uso de los buscadores dio lugar a nuevas tensiones con relación a otros derechos: la libertad de expresión, el derecho a la imagen, al honor, los derechos de autor, etc.

Es en este contexto que María Belén Rodríguez, una modelo profesional y actriz, haciendo búsquedas en Internet con los motores de Google y Yahoo descubrió que su nombre, fotografías e imágenes resultaban expuestas sin su consentimiento o autorización y que, en muchos casos, además, aparecían vinculados a sitios de internet de contenido sexual, pornográfico y de otras actividades vinculadas con el tráfico sexual.

Por tal motivo, la Sra. Rodríguez demandó a Google y Yahoo reclamando:

- a) la indemnización de los daños y perjuicios causados a su honor, su nombre, su intimidad y su imagen al relacionársela arbitrariamente con páginas de internet vinculadas a contenidos pornográficos;
 - b) el resarcimiento económico por el uso de su imagen sin autorización
 - c) el cese del uso no autorizado de su imagen y nombre
 - d) la eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico que se realizaban a través de Google y Yahoo.
- Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y consideró que las demandadas habían incurrido en negligencia culpable "al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia"
 - Condenó a Google a pagar \$ 100.000 y a Yahoo \$ 20.000, disponiendo "la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico"

- La Sala A de la Cámara Nacional aceptó la demanda parcialmente disminuyendo la indemnización de Google a \$50.000.
- Que, en primer término, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso: por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho al honor y a la imagen.
- En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ha dicho “que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación”
- Así, en Fallos: 306:1892 el Tribunal estableció que el citado artículo 19 “...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física.
- En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas.
- En sentido similar, esta Corte ha expresado ya hace mucho tiempo que en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional.
- Que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue –como lógico corolario– la inexistencia de responsabilidad.
- Se ha dicho, gráficamente, que responsabilizar a los “buscadores” como Principio por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto que habría “facilitado” el daño
- Que sentado lo expuesto, hay casos en que el “buscador” puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.
- Que, aunque no resulte necesario para resolver el presente caso, conviene que el Tribunal se expida, a modo de *obiter dictum* y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal.
- Que, todo lo hasta aquí expuesto, es suficiente para descalificar el fallo apelado en este punto, resultando procedente, por lo tanto, la condena en el sentido apuntado, la que deberá adecuarse y asegurarse de acuerdo a las circunstancias del caso en la

etapa de ejecución correspondiente, para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada.

Capítulo 18.

Derecho a la intimidad y tenencia de estupefacientes

- El Derecho Penal puede definirse como el conjunto de leyes, normas o disposiciones que protegen bienes jurídicos, cuya violación o afectación se denomina delito, con el fin de lograr o proveer a la seguridad jurídica y la paz social. La consecuencia, en caso de verificarse el delito, será una sanción

Desde el punto de vista del fin social de la protección, el Derecho Penal individualista se define por el resguardo de los intereses de las personas como tales y como miembros de la sociedad.

Bienes jurídicos:

Los bienes jurídicos son intereses reconocidos por la totalidad, o al menos una parte relevante de la sociedad.

- Los bienes jurídicos de **los individuos** son: la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, el honor, la esfera de la privacidad, el derecho sobre la morada propia, el patrimonio en sus diversas manifestaciones.
- Los bienes jurídicos de **la colectividad** son los valores comunitarios supraestatales como la paz interna y externa, la humanidad, la piedad, la ayuda al prójimo, la salud pública, la seguridad del tráfico jurídico, la administración de justicia, la pureza de la actividad del funcionario

Es importante resaltar que la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución Nacional, el Derecho internacional y el resto de la legislación.

El Derecho Penal es el derecho de los límites del poder estatal que surgen de las garantías constitucionales.

Principios.

- **El principio de legalidad** establecido por el artículo 18 y 19, última parte, de la CN y artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos juicio previo, consideración del imputado como inocente, juez natural, inviolabilidad de la defensa, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, las exigencias formales y materiales para la privación de la libertad procesal.

- **El principio de irretroactividad** de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del Estado de derecho, que reconoce una excepción, que es el efecto retroactivo de la “ley penal más benigna”
- **El principio de reserva o lesividad** que completa el de principio legalidad. El derecho penal protege “bienes jurídicos” Las acciones privadas de los hombres que no ofendan el orden y la moral pública no pueden ser materia de legislación penal porque no afectan ningún bien jurídico
- **El principio de inocencia:** la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció en su art. 9 que: “debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”
- **El principio de culpabilidad:** la culpabilidad no sólo cumple una función de garantía al vedar la Constitución que se imponga una pena sin que ella exista, sino que también importa asegurar a los ciudadanos que la pena que les es impuesta guarda una proporción con la cuantía del reproche que su acto merezca.
- **El principio in dubio pro reo:** se trata de que el derecho penal exige, como presupuesto fundamental de una sentencia de condena, la certeza sobre la culpabilidad del imputado. El principio asegura que el estado de duda implique siempre una decisión de no punibilidad.
- **El principio ne bis in ídem o inadmisibilidad de la persecución penal:** es una de las garantías no enumeradas en la Constitución Nacional (conforme art. 33 CN), pero que surge del Estado de Derecho y el sistema republicano. Su significado como garantía individual ha sido reconocido internacionalmente por el art. 14.7 del PIDCP: “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado”
- **El principio de la doble conforme o posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria:** los arts. 8.2 inc. h) de la CADH y 14.5 del PIDCP prevén el recurso como garantía judicial.
- **El plazo razonable del proceso:** el artículo 7.5. de la CADH dispone que “toda persona detenida...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”

CASO Bazterrica

La Ley 20.771, sancionada en 1974, constituye una norma penal especial referida a conductas delictivas concernientes a estupefacientes. El bien jurídico tutelado por la Ley 20.771 es la “salud pública” afectada por el consumo indebido de drogas.

A fin de tutelar ese bien jurídico, el Congreso estimó necesario criminalizar la producción, comercialización y tenencia de estupefacientes, incluyendo la tenencia para consumo personal, el artículo 6° de la Ley 20.771 disponía "...prisión de uno a seis años y multa de 100 pesos a cinco mil pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.

Ahora bien, el hecho de incriminar la tenencia de estupefacientes para consumo personal planteaba la cuestión de si no se afecta el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional por el cual "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"

Se habían registrado tres principales casos antes de el caso Bazterrica, pero se habían dado en el período de gobierno de facto, al igual que la iniciación del conflicto de Bazterrica.

En 1981, se realizó un allanamiento al domicilio de Gustavo Bazterrica y se secuestró 3,6 gramos de marihuana y 0,06 gramos de clorhidrato. Luego de atravesar distintas instancias procesales, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado a Gustavo Bazterrica a un año de prisión en suspenso, doscientos pesos argentinos de multa y costas, como autor del delito de tenencia de estupefacientes. La defensa de Bazterrica interpuso recurso extraordinario, que fue concedido, y la causa llegó a la CSJN.

Para entonces, el restablecimiento de la democracia y el Estado de Derecho habían impactado profundamente también en la Corte Suprema.

La corte resuelve entonces:

- Que, contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, que confirmó la de primera instancia que había condenado a Gustavo Mario Bazterrica a la pena de un año de prisión en suspenso, doscientos pesos argentinos de multa y costas, como autor del delito de tenencia
- Que, en la parte en que el recurso fue otorgado el apelante sostiene la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, que al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.
- Que, para sustentar dicho argumento, se expresa que la tenencia de estupefaciente para consumo personal, es una conducta privada que queda al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional, y que no basta la posibilidad potencial de que ella trascienda de esa esfera para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública.
- Que, sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros.
- Que no está probado que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, El hecho de no establecer

un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero.

- Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse “de acuerdo a los datos de la común experiencia” no se justifica frente a la norma del art. 19 de la CN.
- Que en este marco –médico-psicológico–, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos.

Finalmente: Que, por todas las razones expuestas, el art. 6, de la ley 20.771, debe ser invalidado, pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

CASO Montalvo

En el mandato de Carlos Menem, y con una situación política muy distinta a la que se presentaba cuando el caso de Bazterrica fue resuelto, llega a la CSJN un recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que, a pesar del precedente Bazterrica, había rechazado el planteo de inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 20.771 y condenó a Ernesto Alfredo Montalvo a la pena de tres meses de prisión de ejecución condicional, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes.

El hecho que dio origen a esta causa fue comprobado el 8 de junio de 1986 cuando el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo. Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria.

- Que diversas razones llevaron al legislador de la ley 20.771 a reprimir la tenencia de estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso personal, entre las que figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana.
- Que conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las “acciones privadas” están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla.
- Que, por su parte, en la Cámara de Senadores se sostuvo: **“este es un problema que afecta fundamentalmente no sólo la vida del país sino la de todo el mundo”**

- Que al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal, el **legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad**, dado que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la nación, cuyo potencial humano es quizá su mayor patrimonio.
- Que los años transcurridos desde la sanción de la ley 20.771, en 1974, y un devastador avance de la drogadicción, con la captación ya no sólo de la juventud, sino de niños, determinó al legislador a dictarla ley 23.737. sancionada en 1989, que mantiene la incriminación cuestionada.

La tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental, como no lo afecta tampoco la que reprime la tenencia de armas y explosivos y, en general, las disposiciones que sancionan los demás delitos de tenencia.

Por ello, **se rechaza la inconstitucionalidad del art. 6e de la ley 20.771 y del art. 14**, segunda parte, de la ley 23.737 y se confirma la sentencia apelada.

CASO Arriola

Durante los años 2005 y 2006, en la ciudad de Rosario, luego de tareas de inteligencia realizadas por la Policía Federal Argentina y varios procedimientos ordenados por la justicia federal, **se constató la existencia de la venta de estupefacientes** en una casa y se realizaron varias detenciones, incluyendo a vendedores de estupefacientes y quienes los adquirirían para consumo personal.

Todas las personas fueron juzgadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario, quien produjo dos tipos de condenas. Por un lado, a quienes tenían los estupefacientes con fines de comercialización, los sentenció con penas de prisión efectiva y multa; y, por el otro, a quienes tenían estupefacientes para **consumo personal**, los condenó a penas de un mes de prisión de ejecución condicional, les ordenó la **abstención de usar estupefacientes**, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes, y se sustituyó la aplicación de la pena de prisión por medidas de seguridad educativa. A tal efecto, **rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737.**

Los casos y condenas de las personas que fueron juzgadas por uso personal llegaron a la Corte Suprema y, nuevamente, para este entonces la situación política había cambiado. Se habían llevado a cabo cambios radicales en la Corte Suprema, afectando a los jueces que la integraban y también la forma de voto.

- Que, tras la realización del debate oral y público (fs. 997/1020), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: l) Sebastián Eduardo Arriola o **Eduardo Sebastián Arriola**, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –dos hechos, en concurso real, y a

Mónica Beatriz Vázquez, Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena a otra condena ya antes mencionada por la adquisición de estupefacientes para uso personal.

- Por último, tuvo por demostrada **la tenencia** por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena **de tres cigarrillos de marihuana** de armado manual – cada uno de ellos– (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Lo que la corte decide:

- Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio.
- Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas

Capítulo 19

Derecho a la identidad como derecho personalísimo.

El *derecho a la identidad* forma parte de los llamados “derechos personalísimos” o “derechos de la personalidad”, que regula el **Código Civil y Comercial de la Nación** (CCyCN)

- Puntualmente, en el sistema de derechos personalísimos, la identidad se ubica entre los derechos referidos al ámbito de la “integridad espiritual de la persona”, junto al honor, la imagen, y la intimidad.
- Específicamente, el derecho a la identidad de la persona ha sido considerado, en el derecho constitucional, como una de las proyecciones del derecho a la privacidad en su significado amplio.

Bajo esta perspectiva, la identidad se refiere al modo personal de vivir la vida, y puede definirse como el derecho de la persona de “**ser uno mismos**” frente a los otros, conforme a su propia elección. Al mismo tiempo, el ser uno mismo se exterioriza como **imagen social**. Esto último constituye el segundo aspecto del derecho a la identidad de la persona, y es el derecho a presentarse ante la sociedad como “lo que es”, y que se lo **reconozca, respete y tolere** de esa forma.

En la doctrina del Derecho Civil, se dice que la identidad de la persona implica una *multiplicidad de aspectos* vinculados entre sí, de los cuales algunos son de **carácter físico**.

Mientras que otros son de diversa índole, ya **sea psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política.**

- El derecho a la identidad incluye, por un lado, la identidad estática que responde a la concepción restrictiva de identificación (huella digital, fecha y lugar de nacimiento, nombre y apellido de los progenitores, etc.)
- Por otro lado, se encuentra la identidad en su faz dinámica que involucra las relaciones sociales que la persona va construyendo a lo largo de su vida y, por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, y su estructura social y cultural.

A partir de esta noción, surgen distintas derivaciones del derecho a la identidad, que el CCyCN regula en disposiciones diversas.

- En primer lugar, la identidad es el principal derecho humano comprometido en la filiación. Allí la identidad puede ser **biológica** (la que se vincula a los progenitores), **volitiva** (relacionada a la voluntad procreacional), y la identidad **genética** (relacionada con el material genético aportado para la procreación)
- El uso del nombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana, pues cumple una doble función al proteger intereses individuales y sociales.
- En tercer lugar, destacamos como otra de sus proyecciones el derecho a la identidad de género. En este punto, la Ley de Identidad de Género N°26.743. reconoce el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género.

A continuación, se propone el estudio de jurisprudencia vinculada al derecho a la identidad; específicamente, en materia de identidad de género, nombre e identidad filial.

Opinión consultiva 24/17

En el último tiempo, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha enfocado en la promoción y protección de los derechos de los gays, lesbianas, bisexuales, y transexuales e intrasexuales.

Si bien no existe en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) o de la Organización de las Naciones Unidas, una convención internacional específica sobre estos derechos, los órganos de protección han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, calificando a la orientación sexual e identidad de género como una de las categorías de discriminación prohibidas.

La Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se inscribe claramente en este elenco. En particular, la relevancia de este pronunciamiento radica en que allí se considera a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de

género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para comprender la naturaleza y carácter de este pronunciamiento, **debe indicarse que la OC 24/17 no es un fallo o sentencia, sino que pertenece a la competencia consultiva de la Corte IDH.**

Puntualmente, en la OC 24/17 el Estado de Costa Rica solicitó una opinión consultiva, sobre el alcance de la protección que brindan los artículos diversos artículos de la CADH, sobre el derecho a la identidad de género, el derecho a cambiar el nombre a partir de ella, y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del matrimonio o unión entre personas del mismo sexo.

De este modo, la Opinión Consultiva OC-24/17 implicó un paso trascendental en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTBI, donde la Corte IDH va incluso más allá de los interrogantes planteados por el Estado de Costa Rica.

Con base en lo anterior, Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y **facilitar el cambio de nombre de las personas**, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;
2. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila **solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?**”
3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género **no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado**, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”

Entra en juego entonces la identidad de género, que se conoce como la vivencia interna e individual del género sea coincidente con el sexo de nacimiento o no.

De esa forma, el sexo y las identidades terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada.

Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos.

Visto lo anterior, esta Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, **su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura,**

malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación.

Finalmente, el Tribunal considera de manera general que, en el marco de los procedimientos de reconocimiento del derecho a la identidad de género, no resulta razonable requerir a las personas el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa de los mismos.

- De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto percibida.

La Corte considera que la respuesta a la tercera pregunta planteada por el Estado de Costa Rica es la siguiente:

- a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto percibida
- b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes
- c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.
- d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad.
- e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

CASO Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia

En el siguiente caso, se debatió si es posible ordenar la extracción compulsiva de sangre de una persona para determinar su identidad filiatoria, en el marco de una investigación penal por el delito de sustracción, retención y ocultamiento de un menor durante la última dictadura cívico-militar.

En primera instancia se había ordenado que los imputados concurrieran, con el entonces menor, al Banco Nacional de Datos Genéticos, a fin de realizar un examen de histocompatibilidad mediante la extracción de una muestra de sangre. **El matrimonio se opuso** a la realización de la prueba, con la aquiescencia del menor. Esa situación motivó a que la jueza ordenara el allanamiento en el domicilio, para secuestrar elementos con material genético que permitiera obtener una muestra de ADN.

Que, el 19 de febrero de 2002, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, al rechazar la queja por apelación denegada interpuesta por Emiliano Matías Prieto, dejó firme la resolución dictada por la magistrada de primera instancia que había ordenado al nombrado comparecer al Hospital Durand para someterse a la extracción de una muestra de sangre.

Contra ese pronunciamiento, el obligado interpuso recurso extraordinario que, denegado, motivó esta presentación directa.

- Que el presente caso presenta una tensión extrema de valores y principios, que puede sintetizarse provisoriamente de la siguiente manera: **(a)** se ha cometido un crimen de lesa humanidad y se sigue cometiendo hasta la fecha dada su naturaleza permanente; **(b)** el Estado tiene el deber de sancionarlo, pero al mismo tiempo no es ajeno a su comisión y a la demora de tres décadas en penarlo y en quebrar su continuidad; **(c)** el paso del tiempo ha producido efectos en todas las víctimas y la persecución a ultranza del crimen puede acarrear lesiones al derecho de la presunta víctima secuestrada de carácter irreparable, y **(d)** la no investigación del crimen puede lesionar el derecho legítimo a la verdad de las otras víctimas, que son los familiares del secuestrado y deudos de sus padres.

También, la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

CASO G., A

En el siguiente caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala C) analizó si la autorización judicial solicitada por una persona **Trans**, para obtener la rectificación registral de su género y el cambio del nombre, estaba supeditada a la previa intervención quirúrgica de reasignación sexual. Para ello, debe tenerse en cuenta que tanto los hechos como la sentencia son anteriores a la sanción y entrada en vigencia de la Ley de Identidad de Género.

Desde antes de la sanción de la LIG, en la doctrina constitucional se hacía referencia al “derecho a la identidad sexual” **como derecho no enunciado**, abarcado por el derecho a la privacidad en su dimensión amplia.

En el caso L. G., A. se observará cómo ante la carencia de una normativa expresa referida a la reasignación de género, el tribunal ensaya una decisión atendida a los principios generales del derecho y las circunstancias del caso.

- El derecho no puede, ni debe desconocer esa inequívoca realidad social, por lo que ha de buscarse una solución a la situación de discriminación desde la perspectiva exigida por la Constitución Nacional y según la interpretación que le corresponde al Poder Judicial.
- El planteo exige la búsqueda de una solución basada en el sistema normativo de protección de los derechos humanos que permita superar la disyunción entre el sexo incorporado (femenino) y el sexo (masculino) atribuido por el Estado mediante la constancia de su partida de nacimiento y de los documentos de identificación consecuentes
- Bajo estos lineamientos la solución que se vislumbra como la más viable es la de mencionar la evolución en el status de la persona, debido a los cambios producidos en su sexo aparente, lo que denominamos identidad de género, y no obstante, darle la posibilidad de conseguir documentos que no revelen indiscriminadamente su anterior situación.

- Por todo ello, se Resuelve: Modificar el decisorio apelado sólo en lo que se refiere a la forma de registración de la partida de nacimiento, la que deberá ajustarse a lo dispuesto en el considerando que antecede y confirmarlo en lo demás que decide.

Capítulo 20

Protección de los consumidores.

El régimen legal de defensa del consumidor se estructura en nuestro país a partir de

- La Constitución Nacional
- Los tratados de derechos humanos
- La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y su decreto reglamentario y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) (particularmente los artículos 1092 a 1122).
- Las normas sobre derecho del consumidor son de orden público (art. 65, Ley 24.240).

El Derecho del consumidor se basa en el principio de que existe un gran **desequilibrio** o desbalance **entre los consumidores y los proveedores** de bienes o servicios, causado por la asimetría en el poder económico y la disponibilidad de información que pueden exponer a los consumidores a toda clase de abusos.

Se genera así una situación de “vulnerabilidad” económica y cognoscitiva que justifica una **protección especial a los consumidores** mediante la imposición de normas legales de carácter imperativo.

La protección se produce mediante diversas “tecnologías jurídicas” para asegurar información, superar desigualdades contractuales, proteger el cumplimiento, otorgar tutela jurisdiccional y administrativa y promover la educación para el consumo y la constitución y funcionamiento de agrupaciones de consumidores.

- John Kennedy fue uno de los primeros en dar un mensaje sobre el derecho al consumidor, afirmando que todos somos consumidores y que las leyes existentes eran insuficientes para poder proteger al consumidor.
- Otro hito importante en la evolución del Derecho del consumidor es la resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores.

La protección constitucional de los consumidores.

La Convención Constituyente de 1994, siguiendo el modelo de la Constitución española, introdujo la protección de los consumidores como un derecho de tercera generación en el artículo 42 que dispone:

- 1. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la **protección de su salud, seguridad e intereses económicos**; a una **información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.**
- 2. Las **autoridades proveerán a la protección de esos derechos**, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
- 3. La legislación establecerá procedimientos eficaces para **la prevención y solución de conflictos**, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Los derechos consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional pueden distinguirse entre **sustantivos e instrumentales**.

Los derechos sustantivos de los consumidores son aquellos enumerados en el **primer párrafo** mientras que los derechos instrumentales están establecidos en los párrafos **segundo y tercero**.

Directrices de las Naciones Unidas

Protección a su salud y seguridad: En este orden de ideas, el artículo 5° de la Ley 24.240 establece que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Protección a sus intereses económicos: deben propender a que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos, estableciendo normas de producción y funcionamiento satisfactorias, métodos de distribución adecuados, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado

Derecho a una información adecuada y veraz: La finalidad de esta disposición constitucional es que el consumidor disponga de información determinante para su consentimiento y para compensar su vulnerabilidad estructural, dado que cuenta con menos información que el proveedor y debe afrontar un mayor costo para obtenerla.

Derecho a la libertad de elección: Es la posibilidad del consumidor de poder optar entre una variedad de productos y servicios.

Derecho a un trato equitativo y digno: o. Las Directrices de las Naciones Unidas destacan que las empresas deben tratar de manera justa y honesta a los consumidores en todas las etapas de su relación, como parte esencial de la cultura empresarial.

Integración normativa e interpretación. Los principios protectorios y de consumo sustentable.

Los casos relativos al derecho del consumidor deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables –el propio CCyCN, la **Ley 24.240**, etc.– conforme con la CN y los tratados de derechos humanos.

En particular, las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

El principio protectorio está previsto en el artículo 42 de la CN y establece el deber de las autoridades de tutelar los derechos de los consumidores. Por su parte, el Código Civil y Comercial recoge expresamente este principio en el artículo 1094 CCyCN. A su vez, dos manifestaciones de este principio se encuentran en el art. 1° de la Ley 24.240 al establecer que esa ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario y en el artículo 65 que establece el carácter de orden público de la norma.

El principio de consumo sustentable parte del hecho de que las modalidades de producción y consumo no sostenibles son las causas principales de la degradación del ambiente. En tal sentido todos los Estados miembros deben procurar fomentar modalidades de consumo sostenible y que éstas deben tener en cuenta como objetivos la erradicación de la pobreza, la satisfacción de las necesidades humanas básicas de todos los miembros de la sociedad y la reducción de la desigualdad, tanto dentro de los países como entre ellos.

El principio de consumo sustentable se encuentra implícito en la CN y se deriva del derecho de incidencia colectiva que protege al ambiente previsto en el artículo 43 de la CN.

Relación de consumo, consumidor y proveedor.

La clave de bóveda de todo el sistema de protección a los consumidores son los conceptos de *relación de consumo, consumidor y proveedor*.

La “**relación de consumo**” es la noción articuladora de la protección constitucional y legal del consumidor y de toda su relación jurídica.

Nació con la Ley 24.240 en 1993, se constitucionalizó en 1994, se amplió con la Ley 26.361 y, finalmente, se aclaró y jerarquizó con el CCyCN. Se encuentra regulado actualmente por los artículos 3° de la Ley 24.240 y 1092 del CCyCN.

“relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuarios”

Se trata de un concepto jurídico determinado que no permite aplicar la norma en forma directa y requiere que la doctrina y los jueces la interpreten y apliquen utilizando sus propios criterios de adecuación.

Consumidor: Persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Proveedor: También puede ser una persona humana o jurídica, el proveedor es un operador del mercado que se desempeña profesionalmente en el mismo. No requiere habitualidad en la actividad del proveedor, puede operar ocasionalmente, lo relevante es que lo haga en forma profesional.

CASO Befumo

En este caso se analiza la responsabilidad del fabricante por vicios en productos elaborados que causaron daños en bienes de personas, la controversia giraba en torno a piezas defectuosas de automóviles Fiat Duna, uno de los modelos más populares de la época.

El pretensor no reclama la prestación de la garantía convencional proveniente de la fabricante, aspira en cambio a obtener una sustitución del automotor al cual atribuyó un “vicio oculto...” en el “porta masa y semieje con la rueda delantera (derecha), el cual surge con claridad y a simple vista lo que demuestra la mala fe de la fábrica de automotores lo que en su oportunidad se demostrará con la (prueba) pericial pertinente.

La materia **por juzgar**, para decidir sobre la responsabilización atribuida a la fabricante con relación a un defecto en esa pieza, es si ella debió resistir sin romperse el impacto sufrido. En otros términos, el caso requiere juzgar cuál debió ser la calidad del elemento roto; y por derivación de esa calidad, cuánta debió ser la resistencia al impacto del “porta masa del automotor Duna SD” instalado en el rodado del actor.

Lo que se tomó en cuenta fue:

- La calidad de la pieza rota, fue sometida a un ensayo de dureza y otras pruebas para dar a conocer si el elemento vendido había sido correctamente entregado.
- La compra del producto, a qué precio y con qué condiciones.

Conclusión: Se sugiere confirmar la sentencia desestimatoria con base en las consideraciones vertidas en este acuerdo; y distribuir las costas del juicio en el orden causado porque la solución deriva de un contexto controversial insuficiente.

Se cree que los costos de la peritación sobre la pieza rota deben ser impuestos íntegramente a la parte demandada, porque le será útil tal estudio para mejorar su producción, actualmente sujeta al defecto de composición química apreciado durante esta causa.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: a) confirmar la sentencia desestimatoria de fs. 293/7; b) distribuir las costas del juicio en el orden causado; c) imponer íntegramente a la parte demandada los costos de la peritación sobre la pieza rota y d) diferir la consideración de los honorarios hasta ser regulados los correspondientes a la 1ª instancia.

Caso Blasi

Se trata de un caso con la misma temática que el anterior, pero en donde también se afecta la integridad y la vida de una persona a causa de un producto entregado en mal estado subjetivamente.

El accidente se produjo en circunstancias en que la co-actora Claudia De Blasi conducía un vehículo Fiat Duna, modelo 1994, en cuyo interior se hallaba su hijo, junto con otros familiares. Conforme expresó la parte actora en su demanda, el automóvil, que había sido comprado a nuevo, presentaba una falla en la caja de dirección y a raíz de ese desperfecto se tornó en cierto momento “inmanejable”, lo que provocó un vuelco, en el que no intervinieron otros automotores. El hecho ocurrió el 6.10.1994 en la ruta nacional 2.

Junto con la Sra. De Blasi, viajaban en el vehículo: su otra hija menor de edad, A. M., hermana de N.; Julia Pérez de De Blasi, abuela de los menores, y C. D. B., tío de aquéllos. El padre del niño fallecido no viajaba en el automóvil.

Los cónyuges Musmeci demandaron en autos la indemnización de los daños sufridos por ellos, a raíz de la pérdida de su hijo N. y un resarcimiento en representación de su hija A... Por su parte, la Sra. De Blasi reclamó por los perjuicios padecidos a título personal, y su madre, la Sra. Pérez de De Blasi, demandó también una indemnización en nombre propio y en representación del menor de edad C. D. B. Fueron demandados: Sevel Argentina S. A., Sevel Repuestos S. A., Luva S. A., Fiat Argentina S.A., y Trinter S.A.

Sevel Argentina S. A. solicitó el rechazo de la demanda. Tras sostener que no tenía constancias del estado del automóvil en el momento del accidente, argumentó que éste se habría producido como consecuencia de “morder” la banquina, y que el fallecimiento de N. M. habría obedecido a la culpa de quienes estaban encargados de cuidarlo, ya que no habría estado debidamente sujeto.

- En su sentencia, la jueza de la anterior instancia puso de relieve que, según la información pericial obrante en la causa, el hecho había ocurrido porque el vehículo se quedó “sin dirección” a raíz de una deformación en la cremallera de la caja de dirección, provocada por una falla en su tratamiento térmico –hipotemple.
- En cuanto a los daños y perjuicios, la a quo expresó, en primer término, que no se encontraban legitimados para reclamar daño moral por el deceso del menor M. los coactores A. M., Julia Pérez de De Blasi y C. D. B.
- En cuanto a los padres del menor fallecido, confirió una indemnización de \$600.000, con más intereses a tasa activa acumulativa desde los cinco días de quedar firme la sentencia. Asimismo, fijó los siguientes resarcimientos: \$100.000, a Claudia De Blasi, por daños físicos y psíquicos; \$50.000, a Julia Pérez de De Blasi, por igual concepto; \$20.000, a A. M., a título de daño psíquico; y \$10.000, a C. D. B., por daño psíquico.

CASO Carrefour

El artículo 7º de la Ley de Defensa del Consumidor establece la obligatoriedad para el proveedor de las ofertas realizadas a consumidores potencialmente indeterminados. También establece que la oferta debe contener las fechas precisas de inicio y finalización, sus modalidades, condiciones y limitaciones.

Las ofertas a personas indeterminadas son una práctica habitual de los supermercados, quienes hacen intensas campañas publicitarias en las que informan al público consumidor sobre los productos que venden, los precios, sus calidades, beneficios que pueden esperar, etc. con la finalidad de captar esa clientela.

Por disposición n°401/05 la Dirección Nacional de Comercio Interior (D.N.C.I.) impuso a **Carrefour Argentina S.A.** una multa de pesos veinte mil (\$ 20.000) por infracción a los artículos 7º de la ley 24.240 y 7º del decreto 1798/94, **en razón de haber efectuado la publicación de una oferta con limitación cuantitativa de la misma**, sin informar las unidades con que cuenta para cubrirla.

De un total de catorce –14– productos exhibidos en el aviso sólo el correspondiente a “Cordero entero o mitad x kg.” aclara la existencia de un stock de 50.000 kg. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que teniendo en cuenta la naturaleza de los restantes productos, considerando la habitualidad de su consumo y su precio, los mismos se corresponden con aquellos a los que comúnmente se denomina “de consumo masivo”.

Por ello, sin adentrarse en el planteo respecto al exceso reglamentario del artículo 7º del decreto 1798/94 resultan atendibles los argumentos de la apelante en cuanto a que fue cumplido el deber de información en relación a la duración temporal de la oferta y además, en lo que aquí importa, en el caso del producto con stock limitado fue indicado el número de unidades con que las que se contaba.

De tal modo, la leyenda “...hasta agotar stock” debe entenderse, en una razonable interpretación, con relación a este último producto.

Tal afirmación se ve corroborada por la falta de quejas o reclamos de consumidores relacionadas con una eventual falta o escasez de alguno de los productos publicitados.

Por consiguiente, corresponde dejar sin efecto la multa recurrida puesto que aún, entendiendo que para su configuración no resulta necesaria la culpa o dolo del sancionado, en tanto su naturaleza responde a un tipo objetivo, no es menos cierto que aquélla resulta improcedente en situaciones donde se advierte un apartamiento de los fines tenidos en cuenta por la norma, que le da sustento.

CASO unión de usuarios y consumidores.

En el año 1991 se inició un controvertido proceso de privatización de los servicios de transporte ferroviario en todo el país. En particular, en el Área Metropolitana de Buenos Aires,

Trenes de Buenos Aires S.A. asumió la titularidad de la concesión para la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros, Grupos de Servicio 1 y 2, Líneas General Mitre y Sarmiento, según el contrato de concesión aprobado por decreto 730 del 23 de mayo de 1995, bajo el control del Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de concedente. El contrato de concesión fue objeto de múltiples modificaciones y adecuaciones entre las que cabe mencionar a la adenda aprobada por el decreto 104 del 25 de enero de 2001, y al impacto de la Ley 25.561 de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria dictada en enero de 2002.

Sin embargo, la calidad del servicio ferroviario en general, y del servicio de las Líneas Mitre y Sarmiento en particular, **continuó deteriorándose**, con impacto negativo para sus usuarios. Por ello, además de los reiterados reclamos públicos, los tribunales recibieron múltiples y **diversas demandas vinculadas con las condiciones del servicio ferroviario** y la exigencia de cumplimiento del deber de seguridad, con sustento en las normas de defensa del consumidor.

En particular, en el año 2001, **la Unión de Usuarios y Consumidores promovió un amparo contra Trenes de Buenos Aires S.A., el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte por incumplimiento de las normas mínimas** de calidad, seguridad, igualdad y trato digno en la prestación del servicio de los usuarios de la Línea Sarmiento. Plantearon también la inconstitucionalidad del Anexo VI de la adenda al Contrato de Concesión de los Grupos de Servicio 1 y 2 (ex Líneas Mitre y Sarmiento), aprobada por el Decreto 104/01.

- Se reclamó que el Estado Nacional y la Comisión Nacional Reguladora del Transporte cumplieran “con su deber de controlar que el servicio público de ferrocarriles que brinda TBA se haga de conformidad a los preceptos de nuestra Constitución Nacional.
- Específicamente se pidió que controles que no se viole el principio de uniformidad con el que deben presentarse los servicios públicos.

Resoluciones:

- Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal-
- Si bien el apelante ha planteado la existencia de un trato desigual y discriminatorio, también se ha agraviado del incumplimiento de condiciones mínimas de seguridad y trato digno respecto a los usuarios.
- Que el artículo 42 de la Constitución Nacional, en su parte pertinente, establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; (...) y a condiciones de trato equitativo y digno”
- El Tribunal ha sostenido que “quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones en las que esta en juego la vida íntegra de personas.

Al respecto, esta Corte tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros); y el lógico corolario de este principio, es que “un planteo de esta índole debe contener un sólido argumental y contar con no menos sólidos fundamentos para que pueda ser atendido”.

CASO Mercado Libre

El día 15 de junio del año 2006, Patricio Andrés Claps, utilizando el nombre de usuario “pcharleton”, **adquirió del Sr. Hernán Maximiliano Paglia, a través de “Mercado Libre”, entradas para el recital que Gustavo Cerati iba a dar en el estadio de Obras Sanitarias el día 18 de junio del año 2006.** Las entradas no las compró para sí, sino en beneficio de sus hermanos, Enrique Martín Claps y Alejandro Javier Claps.

Al llegar a la puerta del estadio, los hermanos Claps presentaron las entradas y, en ese instante, personal de la Policía Federal Argentina junto con personal de seguridad privada del espectáculo musical, los hacen a un lado y los ponen en un sector al costado de la entrada siendo trasladados a la comisaría, dado que las entradas **figuraban como robadas.**

Los hermanos Claps promovieron entonces una demanda de daños y perjuicios contra Mercado Libre alegando que existió una relación de consumo, que la compra fue realizada por Patricio Andrés en beneficio de sus hermanos por lo que eran consumidores, que Mercado Libre brinda un servicio por el cual una parte ofrece un producto y la otra lo adquiere, percibiendo la demandada una comisión por sobre el valor de venta, por lo que eran responsables de los daños causados.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda contra el Sr. Paglia, condenando a abonar la suma de \$ 3.500, en concepto de daño emergente, a favor de los hermanos Claps; y la suma de \$16.000 a favor de Enrique Martín en concepto de daño moral y \$ 22.000 por idéntico concepto a Alejandro Javier.

Sin embargo, **rechazó la demanda contra Mercado Libre**, lo que dio lugar a la interposición de un recurso de apelación. Apelada la sentencia, se dictó sentencia de Cámara el 5 de octubre de 2012.

El decisorio recurrido resalta que de la confesional rendida por Enrique M. Claps surge que este reconoce que su hermano tuvo que declarar, expresamente que leyó, entendió y aceptó todos los términos y condiciones generales del uso del sitio web.

Reconoce que su hermano tenía pleno conocimiento de que la operación de compra y venta de las entradas era ejecutada por su cuenta, era realizada bajo su propio riesgo, de que el usuario vendedor registrado en “Mercado Libre” era el creador del anuncio clasificado, que se trata de una relación entre el vendedor y Mercado Libre, su hermano tenía pleno conocimiento de que Mercado Libre no es el propietario de los productos que se ofrecen en los anuncios clasificados en su sitio Web, que su hermano tuvo que tomar directo contacto con el citado como tercero para poder comprar las entradas al recital, que debió acordar directamente los términos del negocio con el Sr. Paglia, que debió pagar directamente el precio de las entradas a éste, que recibió directamente las entradas del recién señalado, que

se vinculó contractualmente con el vendedor de las entradas, Mercado Libre no intervino en la operación de compra venta.

Se analiza el informe de naturaleza informática por el cual en el sistema propuesto por "Mercado Libre SRL" se tiene en cuenta la participación de dos sujetos, uno es el vendedor y otro el comprador.

Sea cual sea el argumento que se tome, no es discutible que Mercado Libre es un intermediario que integra una cadena comercial y, siendo tal, será solidariamente responsable con los otros sujetos integrantes de esa red. "Se puede afirmar que el intermediario provee servicios y que como tal es solidariamente responsable juntamente con el resto de los integrantes de la cadena de prestación." (Lorenzetti, ob. cit. página 291). En tal orden de ideas, cabe admitir la queja haciendo extensiva la condena por daños y perjuicios a "Mercado Libre SRL".

Capítulo 21

Principios en materia contractual

Principios generales:

- Las reglas de los "Contratos en General" están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el Título II del Libro Tercero del CCyCN.

Primero debemos entender qué es un contrato.

Un contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

El CCyCN distingue entre los **contratos discrecionales o paritarios**, ya sean civiles o comerciales, regulados el Título II y **los contratos de consumo** en el Título III. La necesidad de diferenciar entre ambos tipos de contratos surge por las diferencias que se dan fundamentalmente sobre la libertad o capacidad de negociar de las partes.

Contratos discrecionales o paritarios: Los contratos discrecionales o paritarios son aquellos en los que prima la **autonomía** de la **voluntad de las partes**, entendiendo que los sujetos que se someten son libres e iguales. Su interpretación busca la intención común de las partes, lo que quisieron contratar, pero tienen sus límites en la buena fe, el orden público y la prohibición del abuso.

Contratos de consumo: Los contratos de consumo nacen de la relación de consumo que consagra tanto el artículo 42 de la Constitución Nacional (CN) como la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y sus modificatorias. Como hemos visto en la unidad respectiva, se trata de

un régimen basado en un principio protectorio por el desequilibrio entre las partes y la situación de vulnerabilidad de consumidores.

Bajo estas circunstancias, no basta con los límites de haber obrado con cuidado y previsión, sino que debe haber una conducta proactiva del proveedor, tendiente a advertir e informar a consumidores y usuarios.

Los principios en materia contractual que referiremos a continuación están regulados en el Título II del CCyCN y aplican, por lo tanto, a los contratos discrecionales o paritarios.

A. Libertad de contratar

Podemos identificar dos tipos de libertades. “La libertad de contratar apunta, por una parte, a la libertad que toda persona tiene de contratar o de no contratar, y, por otra parte, a la libertad de elegir con quién contratar. La libertad contractual –también llamada libertad de configuración–, en cambio, se refiere a la libertad para fijar el contenido del contrato”

B. Orden público y la libertad en los contratos

La celebración de un contrato como expresión de la autonomía de la voluntad, genera efectos jurídicos que destacan la obligatoriedad de su cumplimiento por las partes contrayentes; en respaldo de la seguridad jurídica, basados en el principio de buena fe. El cese de este efecto puede darse por acuerdo de partes o por autorización de la ley cuando surjan hechos reconocidos en las normas. En este sentido, el principio es que los jueces no tienen autorización para modificar las estipulaciones de los contratos; y solo excepcionalmente, podrán inmiscuirse a pedido de parte cuando la ley lo autorice.

El contrato es obligatorio en tanto se encuentre en armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, no sea contrario a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

C. La buena fe contractual

La actual redacción del principio de buena fe aplicado a la materia contractual tiene por finalidad un criterio amplio en cuanto a lo que hace a “todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”, esto incluye no solo al contrato en sí, sino a los efectos precontractuales y post contractuales.

D. Prelación o Prioridad normativa

Esto es, la norma en particular y la norma legal, se va a resolver por el orden de prelación jerárquica que marca el CCyCN en su artículo 963, “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”.

Lo dicho aquí, guarda relación con la integración del contrato (art. 964), que ordena: a. las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas, es decir que lo que exceda los límites impuestos, se tendrá por no escrito; b. las normas supletorias, que según Lorenzetti, han sido previstas por el legislador para el hipotético caso de que las partes no usen la facultad que tienen para regir sus derechos conforme a la autonomía de la voluntad; y finalmente, c. los usos y prácticas del lugar de celebración.

E. Integración del derecho de propiedad

Finalmente, el artículo 965 consagra como derecho de propiedad los derechos resultantes de los contratos. De este modo se encuentran amparados por las garantías constitucionales que protegen el derecho de propiedad.

CASO Banco de la Provincia de Santa Cruz.

El 30 de junio de 1987, la Dirección General Impositiva (DGI) celebró un convenio general de recaudación con el Banco de la Provincia de Santa Cruz para que éste realice la cobranza de impuestos nacionales cuya recaudación estaba a cargo de la DGI.

Por su gestión de cobro el banco percibía una retribución. Si el Banco no ingresaba en la DGI los montos recaudados, entraba en mora y se le aplicaban intereses. Este convenio otorgaba la posibilidad de rescisión unilateral por cualquiera de las partes.

En 1993 arriban a un convenio complementario donde se estipuló que si no se ingresaban los intereses resarcitorios en la misma fecha en que se acreditaban los fondos recaudados en la DGI, el monto de los intereses se capitalizaría cada treinta días. Vale aclarar que este fenómeno de capitalización de intereses, se denomina anatocismo. En 1994, se añade un convenio adicional por el cual suman intereses resarcitorios por retardo en el ingreso de información al sistema central de la DGI.

El 30 de abril de 1996, la DGI remitió nota al Banco reclamando la suma de \$7.891.888,20.- en concepto de capital adeudado, y en concepto de intereses moratorios por rendiciones tardías, la suma de \$7.725.664,52.-, reclamando asimismo la capitalización de dichos intereses. El 2 de julio de 1996 se acreditó el pago de la suma \$7.652.243,30.-; y el 18 de diciembre de 1996, la cancelación del saldo de capital de \$239.644,90.-.

El 5 de mayo de 1997, la DGI procedió a una nueva determinación de la deuda, por la suma de \$23.959.648,63.-, compuesta de \$32.559,75.- por capital, \$11.978,68.- por intereses sobre capital, y \$23.915.070,20.- por intereses capitalizados; e intimó su pago bajo apercibimiento de iniciación de acciones judiciales.

La Provincia de Santa Cruz promovió demanda contra la DGI con la pretensión de obtener la nulidad por exorbitancia o la sensible morigeración de los intereses pretendidos por la DGI en este marco.

- Que cabe recordar una vez más el elemental concepto de que los contratos constituyen una ley para las partes de acuerdo a la regla del artículo 1197 del Código Civil, en los que el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado, cuya fuerza obligatoria no puede ser desvirtuada con apoyo en meros principios generales tales como los planteados en los puntos 1.2.3 y 5 de la demanda.
- Que, por otra parte, atendiendo a las concretas circunstancias del sub lite, no debe perderse de vista que las cláusulas contractuales que se pretenden cuestionar forman parte de un contrato bilateral, conmutativo y oneroso.
- Que se encuentra fuera de discusión el incumplimiento en que incurrió el Banco de la Provincia de Santa Cruz que, además de la demora en rendir la información a su cargo, retuvo parte del importe de las recaudaciones percibidas en nombre y por cuenta de la dirección, por períodos que arrancan en el mes de marzo de 1993.

- Que en este orden de ideas, pretender la invalidación de las cláusulas reseñadas invocando la existencia de una “coerción moral, en términos de presión irresistible”, que habría privado a “las autoridades del Banco y al titular del Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Cruz” “de libertad para propender a la eliminación o atenuación de sus estipulaciones exorbitantes, en los términos del art. 936 de Código Civil” o de la existencia de la “amenaza de un mal inminente y grave” en el patrimonio provincial que habría compelido a las autoridades provinciales a “suscribir contra su voluntad un plexo de severas obligaciones y sanciones dentro del convenio”

Por todo ello, se decide: Rechazar la demanda.

CASO Massa

A fines del año 2001 en Argentina se vivió una de las peores crisis de su historia, a nivel político, social, económico e institucional. Con motivo de ello y un inminente vaciamiento de las reservas del Banco Central de la República Argentina, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso una serie de medidas entre las que se encontraba la imposibilidad de disponer libremente sobre los depósitos bancarios que fue conocido como el corralito, a través del decreto de necesidad y urgencia 1570/0112, que prohibió el retiro en efectivo de más de pesos doscientos cincuenta (\$250) o de dólares estadounidenses doscientos cincuenta (U\$S 250).

El 6 de enero de 2002 se dictó la Ley de Emergencia Pública 25.561 en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria; y el 3 de febrero de ese año, el decreto de necesidad y urgencia 214/02 dispuso la pesificación de los depósitos en dólares estadounidenses, lo que significó un avance sobre los derechos individuales fundado en la protección del interés público.

- Que, para decidir en el sentido indicado, el a quo citó precedentes de esa Sala en los que juzgó, en síntesis, que la normativa de emergencia referente a los depósitos bancarios en particular el art. 2° del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, al disponer la conversión a pesos de los depósitos constituidos en moneda extranjera a una paridad sensiblemente inferior a la del mercado libre de cambios, provocó una mutación injustificada en la sustancia o esencia del derecho de los ahorristas, lo cual produjo una profunda y también injustificada lesión a su derecho de propiedad.
- Que, contra tal sentencia, la entidad depositaria (Bank Boston NA) dedujo recurso extraordinario que fue concedido por el a quo en cuanto se encuentra en discusión la constitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, y denegado en lo referente a la tacha de arbitrariedad.
- **Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada; sin perjuicio de lo cual, en virtud de los fundamentos de la presente, se declara el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual no**

capitalizable debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que con relación a dicho depósito hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares.

CASO Mikiej

El artículo 765 del CCyCN establece que la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Agrega que, si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en nuestro país, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Esta norma ha abierto una gran discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto a si se trata de una norma de orden público, no derogable por las partes o, por el contrario, si se trata de una norma supletoria.

Esta situación se da en medio de una crisis económica cambiaria, En este caso, a raíz de un crédito hipotecario, la deudora entró en mora y el acreedor inició un juicio ejecutivo. La parte demandada se defiende alegando la imposibilidad de cumplir con la obligación en moneda extranjera y que los intereses son excesivos.

Se hacen estas observaciones en el caso:

1. No parece coherente ni de acuerdo a los postulados de la buena fe negocial contenidos en las normas del Libro III, Título II, Capítulo 10 del Código Civil y Comercial, artículos 1061, a que mientras cumplía sus obligaciones la ejecutada no encontraba ningún defecto en el mutuo hipotecario, pero luego de caer en mora pretenda persuadir al tribunal de que la deuda carece de liquidez o es de imposible liquidación.
2. Ahora bien, aun cuando no desconocemos que hay opiniones en contrario, entendemos que la interpretación sistémica y coherente del nuevo código (art. 2, Cód. Civil. y Com.) impone que no se pueda considerar a la norma del artículo 765 como de orden público. Es entonces, una norma supletoria que puede dejarse de lado por los particulares sin lesionar orden público alguno, pues conforme lo establecido en el artículo 962, 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 su contexto resulte de carácter indisponible.

Resuelve

En efecto, al valorar las tasas pautadas por el mercado en el ámbito nacional y relacionarlas con el específico negocio jurídico que vincula a las partes (contrato de garantía recíproca), junto con la cuantía, la divisa del crédito reclamado y la forma pactada para su amortización, concluimos que debe establecerse al 8% anual, directo y comprensiva de los punitivos y compensatorios, la tasa para el cálculo de los intereses debidos.

Capítulo 22

Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil en el código civil y comercial de la nación.

En el Título V, denominado “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1, y a partir del artículo 1.708, se encuentra regulado el régimen de la responsabilidad civil.

La regulación comienza con dos normas que constituyen la piedra basal de toda la sistematización de la responsabilidad civil. Primeramente, en el artículo 1.708, se determinan las dos funciones de la responsabilidad expresamente reconocidas, a saber: **preventiva y resarcitoria**.

Luego, se establece, en el artículo 1.709, el orden de prelación normativa en caso de que, para la solución de un conflicto jurídico, concurren las disposiciones del Código Civil y Comercial y las de leyes especiales. Dicho orden se expresa de la siguiente manera:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.

Responsabilidad y daño:

A partir del reconocimiento expreso de la función bipartita, la responsabilidad civil comprenderá dos etapas del **daño**: por un lado, el **actuar preventivo** ante **para impedir** su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente lesiva); por otro, **producido el hecho**, se presenta la clásica función **resarcitoria** que cuantitativamente es la más importante.

Del Anteproyecto del CCyCN también se desprendía una tercera controvertida función de la responsabilidad: la punitiva. Se pretendía incorporar dicha función bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva” aplicable para los casos de derechos de incidencia colectiva donde lo que se busca, más que una reparación a favor de la víctima, es sancionar al responsable de la afectación a dichos bienes jurídicos que actúa deliberadamente con grave menosprecio persiguiendo una finalidad disuasiva.

A. La función preventiva de la responsabilidad

La regulación sistemática de la función preventiva parte del reconocimiento del deber general de prevención del daño a cargo de toda persona en cuanto ella dependa. Ese deber general radica en la observancia de tres conductas:

- a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo

A fin de hacer posible la función preventiva en la práctica, el CCyCN establece una acción preventiva contra las acciones u omisiones antijurídicas que hacen previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

¿Cuáles son las facultades reconocidas a los jueces en el marco de las acciones preventivas? El artículo 1.713 dispone que “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, pudiendo, en cualquier momento, dejar total o parcialmente sin efecto la medida dispuesta.

B. La función resarcitoria de la responsabilidad civil

La regulación sistemática de la función resarcitoria de la responsabilidad se sostiene a partir del principio milenario *neminem laedere*, es decir, de no dañar al otro. En tales condiciones, su violación, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado.

La responsabilidad civil, en su faz resarcitoria, se sustenta en cuatro presupuestos o elementos esenciales:

- 1) la antijuridicidad que consiste en la violación del deber de no dañar a otro o en el incumplimiento de una obligación;
- 2) los factores de atribución o de imputación que es la razón o el fundamento para adjudicar el deber de afrontar el daño;
- 3) el daño que consiste en la lesión a un derecho o interés lícito;
- 4) la relación de causalidad que vincula jurídicamente el hecho con el resultado.

En lo relativo al factor de atribución, estos pueden ser **objetivos o subjetivos**.

- En el primero, la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad, por tanto, para eximirse de la responsabilidad es menester demostrar la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.
- Por su parte, los factores de atribución subjetivos son el dolo y la culpa. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos

Finalmente, en cuanto al daño resarcible, el Código Civil y Comercial lo define como la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

El daño debe ser acreditado por quien lo alega, salvo disposición en contrario o que sea notorio y la indemnización, como contracara del daño, “comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.”

CASO Ontiveros

Stella Maris Ontiveros es una jueza mendocina que, en agosto de 2001, sufrió **daños muy graves mientras cumplía funciones en su despacho**. Se presenta en sede judicial e inicia una demanda por los daños y perjuicios derivados del accidente reclamando una reparación integral.

En la instancia local, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza decidió reducir sustancialmente el importe de la condena fundada en el Código Civil que había impuesto la Cámara del Trabajo. La mencionada Corte **si bien tuvo en cuenta circunstancias tales como la edad de la señora y otros puntos, redujo la condena de indemnización por daño material con fundamento en que:**

- 1) el peritaje médico indicaba que la incapacidad no era total sino parcial;
- 2) que debía computarse la prestación dineraria de \$78.880.- ya pagada por la aseguradora de riesgos del trabajo;
- 3) que no correspondía reconocer concepto alguno por lucro cesante pues mantuvo su cargo como magistrada y continuaba desempeñándolo sin merma en sus salarios;
- 4) la comparación con los montos indemnizatorios otorgados por distintos tribunales en casos análogos indicaba que ese importe era adecuado para la reparación del daño a la salud sufrido por la víctima.

En este contexto, Stella Maris Ontiveros acude a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mediante la interposición de un recurso extraordinario por considerar **que la sentencia es arbitraria** en función del criterio restrictivo utilizado para cuantificar el daño material y moral sufrido.

- La propia corte provincial señaló como circunstancias relevantes del caso “la edad que tenía la actora al tiempo de los hechos, 48 años, que padece una incapacidad de 60%, [y que] registraba una amplia actividad social que se vio disminuida después del accidente, así como también su capacidad para realizar los deportes [que] practicaba, tales como natación y ski”
- También se ha resuelto que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades.
- Que, a la luz de la doctrina jurisprudencial reseñada en el considerando anterior, es irrazonable que el a quo haya hecho un marcado hincapié en el grado parcial de incapacidad determinado por el peritaje médico a la hora de establecer la cuantía del

resarcimiento de los únicos daños materiales que tuvo en cuenta, es decir, aquellos que son ajenos a la pérdida de la aptitud para realizar actividades productivas

- Que, en tales condiciones, **corresponde descalificar el fallo** apelado con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias mencionada en el considerando 3°.

CASO Bergerot

El 1° de julio de 2003, a las 18:30, la docente Ana María Bergerot, a raíz de la invitación de una promotora, ascendió a un camión que estaba estacionado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires destinado a hacer publicidad turística de la provincia de Salta. Mientras estaba ascendiendo, se cayó de la escalera metálica – sin barandas– por la que se accedía al vehículo, desde una altura de 1,50 metros aproximadamente.

Como consecuencia del accidente, tuvo un traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento durante unos veinte minutos y diversos politraumatismos, una fractura de clavícula derecha desplazada, una fractura de quinta costilla derecha, vómitos y dolores en hemitórax y hombro derecho.

Ana María Bergerot le atribuyó responsabilidad al propietario del vehículo, a la sociedad de hecho que daba los servicios de publicidad de la provincia de Salta, a la citada provincia dado que el camión se encontraba a su servicio y se beneficiaba de su explotación. Por tales razones, promovió una demanda por daños y perjuicios contra todos los anteriormente referidos reclamando el resarcimiento por incapacidad sobreviniente, daño psíquico, gastos médicos y de traslado, y daño moral.

Para este caso se tuvo muy en cuenta el testimonio de un testigo que había presenciado el accidente, se tomaron sus observaciones y su punto de vista de cómo había ocurrido la situación.

Las declaraciones de los testigos son concordantes acerca de las características y el riesgo que se le pretende atribuir a la escalera de acceso, lo que además se desprende de las fotografías obrantes a fs. 15 y 16.

el Tribunal sostuvo en el considerando 6° que “aun cuando se considere que la idea de culpa está ausente en la atribución de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, de ello no se sigue sin más que pueda presumirse su riesgo o vicio, ni que fuera apta para repotenciar, recrear o aumentar la posibilidad de daño, máxime si no se ha tenido una participación activa en su producción. Ello es particularmente aplicable al supuesto de cosas inertes –como lo es, en el caso, la escalerilla del avión– pues la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento”

Que resulta procedente el reclamo por daño moral, detrimento de índole espiritual que debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante.

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por Ana María Bergerot contra la Provincia de Salta, y contra los codemandados Brian G. Eizikovits y Sergio G. Tosolini, condenándolos a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de \$ 393.000, con más los intereses que se liquidarán de acuerdo a las pautas expuestas en el considerando precedente

CASO Dekleva

El programa de televisión “70-20-10. Así empezó todo” conducido por el periodista Samuel Chiche Gelblung emitió un informe referido a la historia y vida secreta de la mediática actriz Zulma Lobato. En la presentación del informe se hizo alusión a que se meterían en el corazón de su intimidad. A partir de testimonios de personas no identificadas, el informe da cuenta del lugar donde vive, cómo se procura el alimento, su personalidad violenta o peligrosa, su sexualidad, entre otras cosas.

En tales condiciones, la actriz promovió una demanda por daños y perjuicios por violación a su derecho constitucional de la intimidad. Así las cosas, de cara a la determinación de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, el Tribunal deberá ponderar el derecho a la intimidad con el de libertad de expresión en sentido individual y colectivo argüido por la productora televisiva.

Se toma en este caso el daño que la señora Lobato sintió, ya que todos tienen derecho de preservar su intimidad sea hasta una persona de carácter público.

El derecho a la intimidad no tiende a prevenir o a remediar hechos extraordinarios, y su reconocimiento significa acordarle “juridicidad” pues corresponde al campo del derecho y no solamente al de las relaciones sociales o morales.

Se resuelve que: Sin hesitación, se ha causado un daño moral indemnizable, la lesión a la dignidad de una persona importa una transgresión que repercute en sus intereses espirituales y afecciones legítimas por avasallamiento de la personalidad.

CASO Fideicomiso Altamasa

Entre el 2012 y 2015, Alberto Santiago Panossian y Mariana Münch fiduciantes y beneficiarios del Fideicomiso Altamasa, construyeron en dos lotes ubicados en el Club de Campo Los Pingüinos SA una casa destinada a vivienda familiar. Uno de los laterales de los lotes linda con una cancha de golf.

Ahora bien, el problema que los aqueja es que cuando se instalaron en el inmueble observaron que a diario caían numerosas pelotas de golf, en especial en la zona de la pileta y el jardín, arrojadas por los jugadores en su tiro de salida.

La peligrosidad de la situación radica en que las pelotas de golf entran a su terreno a gran velocidad, como si fueran proyectiles, a tal punto, que tuvieron que prohibirles a sus nietos permanecer en el jardín y, asimismo, soportar la rotura de vidrios del perímetro de la pileta. En este contexto, decidieron iniciar una acción preventiva en los términos del artículo 1710 y 1711 del CCyCN **a fin de que se adopten las medidas necesarias** para evitar accidentes con pelotas de golf que caen dentro del inmueble. Huelga recordar que, por medio de esos artículos, se reconoció legislativamente la acción preventiva contra una acción u omisión antijurídica que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Ello, con fundamento en **la función preventiva** de la responsabilidad civil incorporada por el CCyCN, tratada en la introducción del capítulo.

Una vez confirmada la existencia del espacio de golf y evaluando la peligrosidad de ésta, el Tribunal debía analizar varios puntos para saber si era correcto otorgarle aquella prevención a la familia.

Para su procedencia, además de la amenaza de un daño, es preciso que exista una acción u omisión antijurídica y, asimismo, una relación de causalidad adecuada entre la antijuridicidad y el daño que previsiblemente pueda acontecer.

De modo que habré de proponer mantener la solución propuesta por la Sra. Juez a-quo; esto es, la instalación de una red de contención en el tee de salida que sirva de freno para pelotas desviadas hacia la izquierda, fijándose un plazo de 30 días para el cumplimiento de la condena.

Capítulo 23

Principio de igualdad y no discriminación en las relaciones de familia.

El reconocimiento de diversas formas de familia

La proyección del principio de igualdad y no discriminación en las instituciones del derecho de la familia.

Uno de los puntos más sobresalientes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), es el cambio de paradigma en materia de derecho de familias.

A tales fines, el Código ha tenido como pilar a los principios de igualdad y no discriminación, que actúan como directrices del nuevo modelo de regulación de las relaciones de familias.

Ello implica, como punto de partida, **reconocer que la familia no es una institución natural, sino un producto evidentemente cultural**, y por lo tanto es dinámica en su configuración.

- En este sentido, el CCyCN parte de la premisa que de la familia puede tener origen en un **hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad.**

Desde esta perspectiva, es más común referirse actualmente a “las familias”, en plural, reconociendo así la multiplicidad de formas familiares. Lo que no implica negar que la familia “constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza que ejerce importantes funciones”.

- Dentro de la igualdad y no discriminación de relaciones de familia entran muchas cuestiones, como, por ejemplo, la posibilidad de matrimonio igualitario, fecundación in vitro, adopción, los derechos de la maternidad y otras cuestiones de género.
- También se destaca el reconocimiento de la familia no matrimonial, con la regulación jurídica de las uniones convivenciales.

- En la misma línea se inscribe el reconocimiento de la familia ensamblada, que es la que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior.
- También se reconoce expresamente la familia monoparental a la que se hizo referencia anteriormente.

FALLO Atala Riffo

Atala había sido privada de la custodia de sus tres hijas menores de edad, en un proceso de familia iniciado como consecuencia de la demanda de tuición y custodia entablado por su excónyuge.

La sentencia fue dictada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, donde se estableció que los jueces de primera y segunda instancia –que habían concedido la custodia a la Sra. Atala Riffo– habían incurrido en falta o abuso, ya que no habían considerado el interés superior de las niñas al momento de resolver el caso.

Dicho interés –en criterio del Máximo Tribunal chileno– se vería afectado por el entorno del hogar de la madre de las niñas, por ser homosexual (lesbiana) y convivir con su pareja en la misma casa donde viven sus hijas.

Como antecedentes, se menciona que enero de 2003 el padre de las niñas promovió demanda de tuición y custodia, al considerar que el desarrollo de las menores se veía afectado por la convivencia con su madre. El Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda, estableciendo **que la orientación sexual de la madre no afectaba el desarrollo de las niñas**.

Contra esa decisión, el padre articuló un recurso de apelación, que fue decidido por la Corte de Apelaciones de Temuco, confirmando íntegramente la sentencia de grado. Frente a ello, interpuso recurso de queja, que fue resuelto por la Corte Suprema de Chile el 31 de mayo de 2004, revocando la sentencia de la segunda instancia, y haciendo lugar a la demanda del padre.

La madre accedió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante el acto.

Para resolver estas controversias la Corte analizará:

- 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación;
- 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana;
- 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual,
- 4) Si dicha diferencia de trato constituyó discriminación.

En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Sin embargo, el Tribunal que había tomado la demanda del señor señala que a los niños en cuestión puede serles perjudicial la confusión de roles sexuales al convivir con su madre y su pareja a falta de una figura masculina.

La Corte ya ha concluido que tanto la Sentencia de la Corte Suprema como la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, **respecto a la tuición provisoria, constituyeron un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.**

Por lo tanto, la Corte declara: El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrada en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia

FALLO S., T, V.

El siguiente caso trata sobre la inscripción del nacimiento de un niño como hijo de dos padres varones y con exclusión de quien diera a luz en condición de gestante por sustitución. De este modo, subsiste en la actualidad un esquema de ausencia de regulación legal, donde la GS no está prohibida ni permitida legalmente. Frente a este vacío normativo, se han suscitado en la jurisprudencia diversos casos como éste, para determinar la filiación de los nacidos a través de dichas técnicas.

En ese contexto, el principal obstáculo surge del régimen vigente en materia de determinación de la maternidad, que mantuvo el sistema anterior y se sintetiza en dos viejos principios del derecho romano:

“el parto sigue al vientre”, y “la madre siempre es cierta”. De este modo, el Código actual sostiene el sistema legal de determinación de la filiación, por el cual el niño genera vínculo filial con la persona que lo dio a luz.

El conflicto jurídico planteado en este caso no es sólo una cuestión que hace a la partida de nacimiento como título formal, sino al vínculo filial que debe reflejar ese documento.

El Tribunal tiene en cuenta en este caso los derechos de poder ser padres y de la voluntad de serlo. Ahora bien, así como se consagra que la voluntad procreacional es la que determina la filiación habida de estas técnicas, el mismo art. 562 prevé que los niños nacidos por estas técnicas también son hijos “de quien dio a luz”

En definitiva, teniendo en cuenta que los actores se encuentran imposibilitados de concebir naturalmente, que no existe controversia entre ellos y la gestante y que esta última ha brindado su consentimiento libre e informado que luego fue ratificado en audiencia llevada a cabo en presencia de la a quo y de la que da cuenta el acta, **entendemos que debe confirmarse el pronunciamiento recurrido.**

Por todo lo expuesto, se considera que debe revocarse la decisión recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.