

Aclaración: El siguiente es un resumen realizado por un estudiante. El mismo sirve como guía para estudiar Principios Generales del Derecho Latinoamericano del CBC de la carrera de Abogacía. Se recomienda leer y estudiar todo el material que la cátedra deja a disposición de los estudiantes para rendir parciales y/o finales. También se aclara que puede haber conceptos que y/o temas no desarrollados en el presente resumen. Este resumen se utilizó para rendir en el año 2021. Utilízalo con responsabilidad. Éxitos.

Link Drive con todo el material correspondiente al que alude el resumen:

<https://drive.google.com/drive/folders/19k2GIS3lgGbOyx2RfS4vTCIsDgtKB130?usp=sharing>

Clase 2 – 09/04

Audio 1

Etimología

Interpretación lingüística

Según la etimología de la palabra, “derecho” alude al latín “*directum*” que quiere decir *sujeción o vinculación a una regla o norma*.

Interpretación histórica

En el año 284 DC, *directum* estaba vinculado con una diosa romana llamada Iustitia, diosa de la justicia vestida con una túnica blanca, los ojos vendados y una balanza en sus manos. Esta balanza tenían que estar equidistantes, no podía pesar una más que la otra, y para saber cuánto pesaba cada platillo tenía un fiel, un marcador de acero que marca cuál pesa más. Cuando este marcador estaba en el centro se decía que había *directum*, equilibrio justo.

La simbología nos lleva a pensar que frente a la Justicia las partes tienen que estar en pie de igualdad al ser juzgadas. Después la Justicia determinará cuál de las partes tiene razón o no, pero al momento de juzgar la Justicia no puede favorecer a uno en perjuicio del otro, estaba con los ojos vendados.

Concepto general: Es el conjunto de normas o reglas que regulan la conducta de los hombres en la sociedad

Se entiende que el *Derecho es el orden social justo*

Derecho objetivo y subjetivo

Se entendido al derecho como objeto de conocimiento y entonces nuestro entendimiento lo capta como "el ordenamiento social justo". Éste es el concepto de "derecho" en **sentido objetivo**, como regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige, es equitativo para todos, que no distingue a los individuos a quién se aplica ni por raza, religión o nacionalidad, se aplica a todos por igual. (Artículo 16 de la CN – Principio de igualdad).

En otro sentido la voz "derecho" alude a la **prerrogativa**; de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento o realizar/abstenerse de ejecutar una acción: es el **derecho subjetivo** tal como la **facultad** del propietario de usar y disponer de la cosa, la facultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor, la facultad de testar, etc.

Interesa remarcar que estas nociones de "derecho objetivo" y "derechos subjetivos" no son antagónicas, sino que por el contrario se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el **derecho objetivo** consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines.

De aquí se sigue que **el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo**, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia. Y decimos "inmediata" porque la "mediata" es la naturaleza racional del hombre que lo provee de la inteligencia, voluntad y libertad por las cuales el sujeto conoce, quiere y obra.

Artículo 4 CCyC: *Ámbito subjetivo.* Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Audio 2

Artículo 1745 del CCyC. Indemnización por fallecimiento

En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;

c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

Tratamiento del homicidio desde el punto civil, privado

En caso de un homicidio, el Código establece que el fallecido no puede reclamarle nada al que lo mató. Quién debe exigir la indemnización, que repare el daño ocasionado al fallecido es su **cónyuge e hijos**, en el caso que los tuviera. La cónyuge es una **damnificada indirecta**, el directo está muerto.

Los damnificados indirectos pueden exigir su derecho subjetivo de la siguiente manera:

a) Aquel que mata a otro no sólo tiene que pagar el valor vida de la persona, sino todos los gastos de asistencia hospitalaria, tratamientos, operaciones y, en el caso de la muerte, los gastos de los que conlleva el sepelio.

Con **repetir** el artículo se refiere que en el caso de que el autor del homicidio no aparezca o no quiera pagar, la cónyuge puede llevar adelante todos los gastos y después tiene la facultad de exigírselo a la persona homicida.

Repetir es exigir que te paguen lo que ya pagaste, no pagar dos veces.

b) En caso de un homicidio, la **cónyuge no puede pedir alimentos** porque, por un lado, quién los percibe es el hijo o los hijos hasta los 21 años y, por otro lado, por alimentos se entiende a vestimenta, educación, salud, recreación y habitación. A la mujer del muerto no podés pagarle alimentos, sino **subsistencia**, un monto para que pueda subsistir.

A su vez, la persona que mató al padre de la familia tiene que pagarles a los hijos la **cuota alimentaria** hasta que sean **mayores de edad**. Asimismo, el artículo reconoce también la posibilidad que entre los hijos haya alguno con capacidades restringidas, donde hay que fijar una **cuota alimentaria distinta** ante la posibilidad de que tengan que estar en una institución especial, medicamentos, tratamientos, alimentos distintos respecto de alguien que no padece discapacidad. (Artículo 32 CCyC: Discapacidad por Juez)

Por otro lado, si la viuda, antes del hecho del homicidio ya percibía una cuota alimentaria por el concepto que fuere para el mantenimiento de los hijos, esto **no es impedimento** para que el autor que cometió el homicidio se resista a pagar la cuota que le corresponde. Son **dos créditos de naturaleza distinta**.

El artículo también establece que hay que **medurar el valor vida**, ¿cómo? El juez tendrá en cuenta la edad, la situación jurídica, la situación social, la expectativa de vida, cuántas personas a su cargo y en base de eso tiene que determinar cuál es el **valor vida**, que terminará percibiendo la mujer y los hijos, además de los otros rubros.

Por último, el artículo incorpora algo que ya estaba en la jurisprudencia, pero no en el Código de Vélez, que es la pérdida de la chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos. Por **pérdida de la chance** se entiende por la posibilidad que tienen los padres, si tuviera padres, del fallecido de recibir ayuda de su hijo. Se tiende a pensar que una vez que los padres lleguen a una determinada edad avanzada, los hijos serán quienes los ayuden o asistan económicamente, pero, muerto el hijo, los ancianos no tienen la posibilidad de recibir ayuda económica del fallecido, entonces, el que le provocó la muerte tiene que pagarles a los padres del muerto el dinero que le hubiese pagado el hijo si estuviera vivo.

Este reclamo no es una facultad exclusiva de la cónyuge, la **conviviente** también puede reclamar lo estimulado en este artículo. Convivencia que fue inscripta en el Registro de Capacidad y Estado de las Personas, con testigos, es la que habilita al conviviente a exigir la indemnización.

Crédito: es asumir el compromiso de una promesa de pago. Para el derecho, todo aquel que lo provoca un daño a otro se dibuja esta figura que asume pagar el daño. Automáticamente, aunque no se firmó ningún papel, quién cometió el delito asume la responsabilidad de pagar el daño que se contempla en el artículo.

Artículo 1077 del Código de Vélez: Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona.

Clase 3 – 13/04

Audio 1

Lesiones

Recapitulando del tema anterior, se dice que un **derecho subjetivo** es aquella prerrogativa o facultad que tiene un particular, cualquier miembro de la sociedad, para exigirle a otro particular, u otros, el cumplimiento de una determinada conducta, la aptitud para actuar o abstenerse una acción.

El **crédito** en este tipo de situaciones es un **crédito extracontractual** porque no se firma nada para hacer efectivo el pago de la indemnización, el victimario se convierte en deudor automáticamente con la conclusión del hecho que originó la obligación.

Artículo 1746 del CCyC. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica

En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Si una persona recibe una lesión o un daño físico, éstos generaran lo que en el derecho se conoce como una incapacidad física y psíquica total o permanente.

Tratamiento del homicidio desde el punto civil

En el derecho civil la forma de resarcir siempre es económica. Entonces, cuando una persona lastima a otra y le genera esta incapacidad física o psíquica, total o parcial, corresponde, en un correspondiente juicio por daños y perjuicios, que un perito médico, designado por el juez, evalúe cuál será la renta o monto económico que se debe abonar por lesiones. Y este monto debe de cubrir la aptitud del damnificado para realizar las actividades que normalmente llevaba en su vida diaria. Además, deben de servir para acompañar el tratamiento hasta que el damnificado pueda razonablemente continuar haciendo tales actividades.

¿Cómo se calcula? Frente a una lesión, cualquiera fuera de las comprendidas en el artículo, el juez derivará a la persona con un perito médico y este profesional determinará la **gravedad de la lesión** (transitoria o permanente). La gravedad de la lesión la establecerá mediante un **porcentaje numérico**, según la magnitud de la lesión y la imposibilidad de la persona de reactivar sus actividades diarias (1%, 2%, 3%, etc.).

Cada punto porcentual de incapacidad oscila entre los **\$30.000 y \$50.000** o más dependiendo de la edad de la persona .

El perito médico le comunicará al juez si la lesión que sufrió el damnificado es parcial o total y consecuentemente establecerá el puntaje que le corresponde reclamar por las lastimaduras o lesiones físicas.

Paralelamente, el deudor, quien provocó las lesiones, deberá hacerse cargo de **los gastos médicos, farmacéuticos, por transporte**. Es decir, además de pagar las lesiones corporales según la incapacidad física conforme al puntaje establecido por el perito médico, también tiene que pagar los gastos necesarios para la rehabilitación de la persona.

En el caso de que la lesión física sea **permanente** y **no excluya** la posibilidad de volver a realizar sus actividades, el deudor estará **igualmente** a pagar la indemnización correspondiente, no puede pagar menos o directamente no pagar justificándose que el damnificado pudo igualmente volver a realizar las actividades diarias.

“Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.”: Se refiere a que el deudor no puede desligarse de la obligación de pagar la indemnización que corresponde porque el damnificado ya estaba cobrando un crédito anterior al hecho, una cuota alimentaria.

El deudor, además de abonar todo lo ya mencionado, también tendrá que pagar por **daños morales**, que corresponden al 30% de la indemnización que establecieron el juez en conjunto con el perito médico.

Los daños morales se deben a que la víctima puede quedar afectada psicológicamente por el hecho que le produjo los daños (independientemente que con un profesional psicológico y terapia pueda solucionarlo). Y también tendrá que pagar por **daños psicológicos** correspondientes al 40% sobre el mismo monto fijado por el médico. Los daños psicológicos se deben a que, luego del accidente, la psiquis del damnificado ya no funciona de la misma manera.

Por otra parte, se encuentra el **lucro cesante**, es decir todos aquellos beneficios que el individuo afectado por el accidente se vio privado de recibir en ocasión de este daño que sufrió.

Lucro cesante: "Artículo 1069 Código Velezano: El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras "pérdidas e intereses"."

Por último, el deudor deberá pagar también el **daño biológico**: un daño en los órganos internos del cuerpo de la persona que padece estas lesiones. También cuando, como consecuencia de la lesión, el cuerpo no logre una efectiva cicatrización y produzca el queloides (**daño estético**), dónde se evaluará la gravedad del mismo tanto para el cuerpo como psíquicamente en la persona, mediante un psicólogo.

Explicación textual del profesor:

"El Perito Médico designado por el juez en un juicio Civil por Daños y Perjuicios debe de analizar al damnificado y acorde a las lesiones que verifique en su cuerpo deberá a su vez otorgar determinados "PUNTOS de incapacidad" según la índole de las lesiones. Cada punto posee un valor económico que oscila entre los 30.000 y 50.000 pesos, teniendo presente la edad y estado físico previo al daño padecido por la víctima, consecuentemente dicho perito debe de confeccionar un informe indicándole al juez cuál es el porcentaje de incapacidad física sobreviniente al ilícito por lesiones, por ejemplo : incapacidad sobreviniente de un 1% , 5 % ,10% etc., así como advertir si las lesiones serán permanentes o con rehabilitación e intervenciones quirúrgicas el damnificado podrá volver a recuperar su pleno estado físico que poseía previo a las lesiones sufridas. Recibido el informe el juez el determinará el monto que el deudor debe pagar y sobre ése valor económico por lesiones físicas calculará un porcentaje de entre un 20 o 30% (según las circunstancias del caso) en concepto de DAÑO MORAL/ otro 30 o 40% por DAÑO PSICOLÓGICO y "si consta probado en su historia clínica y ratificado por el perito otro porcentaje por DAÑO BIOLÓGICO, al que eventualmente se le puede agregar otro porcentaje más por DAÑO ESTÉTICO, siempre que las lastimaduras no cicatricen correctamente, más el monto correspondiente al "LUCRO CESANTE". La ART que puede tener un trabajador lesionado sólo cubre los gastos médicos, pero NO el monto por las LESIONES FÍSICAS PADECIDAS, DAÑO MORAL ni PSICOLÓGICO ni tampoco EL LUCRO CESANTE, éstos últimos rubros los tiene que indemnizar siempre el deudor que fue el autor del daño.

A estos rubros hay que agregar el monto que el deudor deberá de cancelar en concepto de Gastos Médicos, Farmacéuticos y por Transporte que resulten razonables y en función de la índole de las lesiones corporales que generaron la Incapacidad.

Ejemplo en cuantificación económica: 1) Si el Perito médico reconoce a favor del damnificado una incapacidad física y permanente de un 10% 🖱️ dado que cada punto de incapacidad oscila en el orden de los \$ 50.000, ya por Lesiones Físicas se podrá reclamar la suma de \$ 500.000, 2) A éstos \$ 500.000 se agrega un 30% por DAÑO MORAL 🖱️ \$ 150.000, 3) un 40% por DAÑO PSICOLÓGICO 🖱️ \$ 200.000, 4) Si el damnificado Directo padeció un DAÑO BIOLÓGICO, el perito médico debe de evaluar y ponderar la incapacidad total o parcial que a futuro sufrirá la víctima y nuevamente realizar un nuevo cómputo económico de incapacidad física exclusivamente respecto al eventual Daño Biológico, 5) Si el Damnificado a su vez verifica como consecuencia de las lesiones en su cuerpo un DAÑO ESTÉTICO, el juez debe de verificarlo y el perito médico y Psicólogo determinar el monto del mismo, 6) Corresponde al damnificado

probar EL LUCRO CESÁNTE 📌 es decir el cúmulo de las ganancias que se vio privado de percibir durante el tiempo que tuvo que permanecer inactivo para reestablecerse 📌 Art 1069 del Código de Vélez: " Pérdidas e Intereses", por último: 7) corresponde que, asimismo el damnificado presente todas las Facturas que acreditan Gastos Médicos, Estudios Clínicos, Remedios(gastos Farmacéuticos)y de Transporte.

Se suman todos los ítems: 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 7) y el monto resultante es la indemnización por Lesiones que debe de abonar el deudor; agregándosele intereses mensuales desde que ocurrieron las Lesiones hasta el día de su efectivo pago”

Naturaleza jurídica de los derechos subjetivos – Llambías, TOMO I

Qué es el derecho natural? ¿De dónde surge? ¿Qué finalidad tiene? ¿Principales autores?

Clase 4 – 15/04

Audio 1

Derecho Positivo: Concepto; Concepto y Criterios de distinción entre el Derecho Público y Privado: concepto, contenido y regulación jurídica de las Ramas del Derecho Público y Privado.

Derecho Positivo

Se entiende por **derecho positivo** al derecho objetivo **vigente**. Es decir, de todas las normas que son exteriores al individuo, hay que regirse por las que efectivamente se están aplicando y cumpliendo en la sociedad, no así aquellas que han sido derogadas.

Por ejemplo: El Código Civil de Vélez Sarfield es derecho objetivo, pero no positivo, porque es un Código derogado.

Ramas del Derecho Positivo – Llambías

Entendido el derecho positivo como el conjunto de normas aplicadas **coercitivamente** por la autoridad pública, ya que si no cumplen con las normas aplicadas en el derecho positivo van a recibir una sanción como consecuencia de la vigencia de esas normas. No pasaría así, por ejemplo, con el incumplimiento de una norma del Código de Vélez porque ya está derogado.

Es menester agrupar científicamente tales normas. De ahí surgen las ramas de derecho positivo.

- La más amplia clasificación, que remonta al derecho romano, opone el **derecho privado** al **derecho público**. Para los romanos, la distinción se basa en el interés protegido por el derecho: el derecho público se refería al Estado y a la cosa pública –o romana– en tanto que el derecho privado tomaba en cuenta lo pertinente a la utilidad de los particulares.
 - Según la primera opinión lo típico del **derecho público** sería referirse a las relaciones de **subordinación**, mientras el **derecho privado** organiza la **coordinación** de sujetos ubicados en situación de paridad.
De ahí que al primero corresponda la *justicia distributiva* y al segundo la *conmutativa*.
 - La segunda opinión persiste en el criterio romano que toma en cuenta la distinción de los intereses cuya satisfacción el derecho procura.

Pero observa Roubier que la mayor parte de las instituciones se ordenan al interés general, o más exactamente, al “bien común”. Por lo demás, las instituciones públicas no son fines que valgan por sí mismos, sino medios al servicio de las personas humanas.

- La opinión hoy en boga toma en cuenta la **calidad** de los **sujetos de derecho**. Si la norma alude al Estado como poder público es de derecho público, si se refiere a sujetos que obran desprovistos de todo carácter de soberanía política es de derecho privado.
- Finalmente hay algunos autores que niegan el carácter científico de la distinción

El punto de vista verdadero recoge las dos tendencias últimamente expuestas. La oposición entre derecho público y privado no responde a una diversidad esencial, pues el concepto de derecho es uno solo. Pero, con todo, la diferenciación sobre la base de la calidad de los sujetos, es útil para un ordenado conocimiento de las instituciones jurídicas. La división, entonces, sólo tiene un sentido pragmático y didáctico.

Derecho Público

El **Derecho público** puede considerarse como la parte del ordenamiento jurídico que intenta regular las relaciones que surjan entre las personas y las entidades privadas con los órganos del poder público cuando estos últimos actúan con sus facultades legítimas y potestad públicas, dependiendo del procedimiento legal y de los órganos de la Administración pública que interactúen.

La principal característica del Derecho público, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, son mandatos irrenunciables y obligatorios, en virtud de ser creados a partir de una relación de subordinación por parte del Estado. La justificación para la existencia del derecho público es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por todas las personas sujetas a un estado de derecho.

Derecho Privado

El Derecho privado es la rama del Derecho que regula las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones que surjan entre particulares y el Estado cuando éste último actúe como un particular, sin ejercer ningún tipo de potestad pública.

El Derecho privado suele estar en contraposición al Derecho público, que es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de los poderes públicos entre sí.

Principales divisiones del derecho público

- **Derecho Constitucional:** Es el que organiza los poderes, atribuciones y deberes del Estado en sí mismo y en su relación con los gobernados

El Derecho Constitucional surge o está regulado en la Constitución Nacional. En la primera parte del texto se encuentran los derechos y garantías de los ciudadanos.

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 14 bis: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea

Artículo 15: En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución. (Principio de libertad)

Artículo 16: Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. (Principio de igualdad)

Artículo 17 La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

Artículo 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. (Principio de legalidad)

Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (Principio de reserva)

Asimismo, el derecho constitucional establece la división de poderes. Así, la Constitución estipula las atribuciones del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Y, además, del artículo 77 al 84 establece el régimen para la sanción de las leyes que regirán en toda la Nación.

- **Derecho administrativo:** Es el que organiza el funcionamiento de la administración pública

Se define al derecho administrativo como *“la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”*. O sea, que no es un mero complejo de normas, sino una rama del conocimiento o disciplina científica, la que estudia ese complejo normativo; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

El derecho administrativo estudia toda la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y también la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.

Una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho consiste en que este último considera esencial la protección judicial del administrado frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección judicial al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control judicial sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo. (Gordillo)

De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional. En efecto, la Constitución crea la separación de poderes (o no) y establece los límites del poder estatal en los derechos individuales: Dentro de esos lineamientos habrá de desenvolverse el derecho administrativo. La Constitución es una estructura, es el ordenamiento fundamental del Estado; la administración es un órgano⁴⁴ jurídico de ese Estado, y la función administrativa es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura.

Hay principios generales de derecho que, si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional. (La igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y conciencia, el que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc.). Hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en la Constitución. (Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, el régimen carcelario, el servicio militar obligatorio, la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.). En cuanto a las que se consideran típicamente de derecho constitucional (creación y organización de los tres poderes; facultades de los mismos; derechos individuales), su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible, y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

Definición del profesor: Es la rama del derecho que estudia todos los órganos que componen al Poder Ejecutivo y cuáles son sus funciones y atribuciones, tanto Presidente, como Vicepresidente y Ministros. Esto se encuentra en el texto de la Constitución, además están decretos que dicta el Poder Ejecutivo.

Ley de recursos administrativos que se encarga de regular qué es lo que pasa cuando el Estado dicta una norma que afecta a un particular

Paralelamente a Derecho Administrativo se encuentra el Derecho de la Seguridad Social, Ley 26063. La seguridad social es un conjunto de medidas jurídicas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causas de contingencias como la enfermedad, los accidentes, o la maternidad, el desempleo y el fallecimiento del trabajador.

Los fines de la seguridad social no son lo mismo que los del derecho del trabajo, aunque ambos se destacan por su carácter protector y por garantizar determinados niveles de subsistencia a las personas.

El derecho de la seguridad social tiene un sujeto más amplio que el derecho del trabajador, ya que no solo abarca a los trabajadores dependientes, sino también protege a los autónomos y a los desempleados. Los beneficiarios de la seguridad social son todos los hombres cuyo objetivo es amparar las necesidades que dificultan su bienestar.

- **Derecho Penal:** Determina la represión de los hechos que ponen en peligro la digna subsistencia de la sociedad

Desde un punto de **vista formal** definimos al Derecho penal como una parte del ordenamiento jurídico que está constituida por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, unas penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.

Y desde una **visión material** podemos decir que el Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad, funcionando como un instrumento de control que persigue el objetivo de mantener el orden social. Son precisamente los bienes jurídicos del individuo y la sociedad el componente central del derecho penal, siendo su protección la finalidad de esta área del derecho.

El derecho penal se vale de la previsión y la imposición de penas y medidas de seguridad como instrumentos o medidas a aplicar a quienes infringen ciertas normas de conducta que buscan precisamente evitar que se vean lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos mencionados

En la práctica debemos decir que el derecho penal debe aplicarse cuando su uso sea imprescindible como necesidad para mantener el orden social, por lo que no debería aplicarse en caso de que exista otra alternativa para su preservación.

Definición del profesor: Es la rama del derecho positivo que estipula qué conductas constituyen delitos y que sanciones se les aplicará; en este caso, las sanciones siempre son represivas, privan de la libertad al autor del delito.

Se encuentra regulado por el Código Penal.

- **Derecho Procesal Penal:** Es la rama del derecho positivo que brinda las herramientas para llevar a la práctica forense o para llevar a tribunales las normas contenidas en códigos de fondo.

Existen **códigos de fondo** que contienen normas que se aplican en todo el territorio pero que se necesitan de otras para llevar a la práctica tribunalicia, para poder hacer el juicio.

Por ejemplo: Los artículos 1745 y 1746 ya mencionados estipulan cuáles son las indemnizaciones correspondientes frente a lesión y muerte de una persona. Pero no establecen cómo se debe llevar a cabo el juicio, para eso está el Código Civil y Comercial que establece cómo hacer la demanda, o si soy el deudor cómo contestar la demanda, qué pruebas hay que presentar, cómo se desarrolla el proceso, qué audiencias existen, cómo es la sentencia, cómo apelar la sentencia; es decir, el Código Procesal Civil y Comercial y el Código Procesal Penal nos sirven para llevar a la práctica aquellas normas contenidas en estos códigos que no nos permiten ejecutar el derecho en su práctica forense.

- **Derecho Tributario:** El Derecho Tributario es una rama autónoma que se ubica dentro del Derecho Público y específicamente en la rama del Derecho Financiero que establece y fundamenta los principios que sustentan el sistema normativo tributario entendiéndolo como el conjunto de normas jurídicas y no jurídicas, jurisprudencia, doctrina, principios y costumbres relacionadas a la existencia del tributo a la relación obligacional de carácter jurídica que genera este instituto económico.

El sistema tributario está constituido por el conjunto de tributos vigentes en un Estado, en una determinada época y por las competencias (nación-provincias) de la materia. Distinguimos dos tipos de sistemas: **a) Racional:** en el que el legislador busca deliberadamente la creación de un sistema armónico de tributos (Ej.: Chile) **b) Histórico:** el sistema se produce por la espontaneidad del desarrollo histórico. Es decir, por fenómenos coyunturales (Ej.: Argentina).

Debemos aclarar que ningún país tienen un sistema netamente racional ni uno netamente histórico, existe toda una escala de grises entre ambos extremos. En nuestro país encontramos un vasto predominio de los elementos coyunturales frente a las deliberaciones racionales

Distribución de competencias impositivas entre nación y provincias: es la Constitución Nacional la que distribuye estas competencias. La forma federal de Estado implica una concurrencia entre Estado Nacional y Estados Provinciales (las cuales, por otra parte, deberían asegurar la autonomía de los municipios). Corresponde al **Estado Nacional** la competencia respecto de: **1)** Los derechos de importación y exportación (Art. 4 y 75.1 CN) **2)** Los impuestos indirectos, en forma concurrente con las provincias (Art. 75.2 CN) **3)** Los impuestos directos, en forma excepcional, por tiempo determinado y siempre que la defensa o el bienestar del Estado lo exijan (Art. 75.2 CN)

Corresponde a las Provincias: **1)** Los impuestos indirectos, en forma concurrente con la nación (Art. 75.2 CN) **2)** Los impuestos directos, como facultad regular (Art. 75.2 CN).

Dentro de su competencia, el poder tributario de las provincias es tan soberano como el de la nación, pues debemos recordar que se reservan todo lo que no hayan delegado expresamente (Art. 121 CN)

Otras normas constitucionales aplicables a la disciplina: Art. 9, 10 y 11: en el territorio no habrá más aduanas que las nacionales, y es libre de derechos la circulación, incluso interprovincial. **Art. 16:** todos los habitantes son iguales. La igualdad es la base del impuesto. **Art. 17:** la propiedad es inviolable, salvo ley o sentencia fundada en ley. **Art. 18:** es inviolable la defensa en juicio, así como la correspondencia y papeles privados. **Art. 28:** las leyes pueden reglamentar los derechos reconocidos en la CN, pero sin alterarlos. **Art. 52:** corresponde a la cámara de diputados exclusivamente el inicio de leyes en materia de contribuciones. Tampoco podrán ser presentados estos proyectos por iniciativa popular (Art. 39). **Art. 99:** atribuciones del Presidente de la nación; y Art. 100, atribuciones del Jefe de Gabinete

- **Derecho Ambiental:** estudia los recursos naturales, la economía, el ambiente y el obrar humanos, considerados como estrechamente vinculados, interdependientes y ordenados de acuerdo a las leyes de la naturaleza, los procesos económicos y las demandas sociales, con una concepción holística, sistémica y transdisciplinaria, con el objeto de reglar las conductas y actividades individuales y colectivas de la comunidad, para la preservación, conservación, racionalidad, protección, explotación, industrialización, impulso y aprovechamiento sustentable de los mismos, así como para el mejoramiento de la calidad de vida del planeta.

Leyes de protección ambiental: La Ley General del Ambiente nº 25.675. Ley 25.612, de Residuos Industriales, Ley 25.688, de Gestión de Aguas Ley 25.831, de Información Ambiental Ley 25.916, de Gestión de Residuos Domiciliarios Ley 26.331, de Protección Ambiental de los Bosques Nativos Ley 26.562, de Control de Actividades de Quema Ley 26.639, de protección de glaciares Ley 26.815, creación del Sistema Federal de Manejo del fuego.

La reforma de agosto de 1994, introdujo las siguientes normas que aportan el **fundamento constitucional** del Derecho Ambiental: **Artículo 41:** Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”.

Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... Podrán interponer esta acción... en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

- **Derecho Internacional Público:** Es el que rige las relaciones de los Estados extranjeros, entre sí.

Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional. Estudio de la estructura jurídica de la comunidad internacional, considerada como una sociedad compuesta de sujetos de Derecho Público, Estados, asociaciones, colectividades y hombres, vinculados entre sí conforme a principios y normas de naturaleza jurídica.

Definición del profesor: Es el Derecho que regula las relaciones entre Estados, es el que nos enseña cómo se ejecuta un tratado internacional, quién es el órgano del Estado que los representa para negociar un tratado con otro país. Establece las facultades de las embajadas, diplomáticos, cancillería. Además de los tratados internacionales que nuestro país hayan firmado y hayan sido ratificados por el Congreso (Art. 75 inc. 22)

- **Derecho Eclesiástico:** Es el conjunto de normas que regulan las relaciones de la Iglesia católica con el Estado

Las normas de esta clase integran todos aquellos preceptos legales que afectan a las personas, instituciones, relaciones y actividades que se dirigen a finalidades sociales religiosas, es decir, la regulación de las actividades sociales de origen religioso de sus ciudadanos. En estas se incluyen, entre otras, disposiciones de Derecho civil, laboral, administrativo, tributario y penal.

Tales normas pueden ser dictadas por el Estado, vía acuerdo con las diferentes confesiones religiosas (como los concordatos en el caso de la Iglesia católica), o unilateralmente. A través de ellas se regulan, por ejemplo, el estatuto jurídico de los ministros de culto, las exenciones tributarias a las confesiones religiosas, el reconocimiento civil de ciertos actos celebrados o efectuados ante éstas (como los matrimonios) o de las sentencias de los tribunales u otros organismos propios de las confesiones religiosas.

Las normas fundamentales del Derecho Eclesiástico en la Argentina están contenidas en la Constitución nacional: El separatismo quedó acuñado en la ausencia de una confesionalidad formal en contraposición a las constituciones provinciales y a los anteriores intentos constituyentes de 1815, 1817, 1819 y 1826. El Estado argentino, en efecto, no se declara católico ni se ha pronunciado sobre una consagración oficial acerca de confesión religiosa alguna, otorgando al catolicismo, sin embargo, un estatus preferencial que algunos interpretan como resultado de un reconocimiento sociológico de la conformación religiosa de la población y otros como una valoración del mismo en cuanto religión verdadera.

La preferencia se concreta en el sostenimiento del culto (art. 2.º de la Constitución) y en la obligatoriedad de la pertenencia a la Iglesia católica para desempeñar los cargos de presidente y vicepresidente (art. 76 C.N.), así como el juramento de ambos por Dios y los Santos evangelios (artículo 80 C.N.). Sin embargo, los elementos confesionales parecen exceder el mero reconocimiento de un hecho sociológico, al encomendar al parlamento promover la conversión de los indios al catolicismo (art. 67, inc. 11, C.N.).

Laicidad del Estado consistente en el respeto de la libertad de las conciencias, esto es, en la libertad de profesar libremente el propio culto concedido a los habitantes del país 2 (art. 14 C.N.), derecho reconocido expresamente a los extranjeros (art. 20 C.N.). Se establece la incompetencia partidaria de los religiosos para los asuntos públicos en razón de su peculiar estatus canónico, impidiéndoles ser miembros del parlamento (art. 65 C.N.), así como numerosas incapacidades de Derecho privado.

Otro grupo de influencias en el texto constitucional lo constituye el regalismo que aparece recogido en el régimen del patronato. El Congreso está facultado, pues, constitucionalmente para admitir (o no) a las nuevas órdenes religiosas que solicitaren ingresar al país a partir de la sanción de la ley fundamental (art. 67, inc. 19, C.N.), no extendiéndose esta facultad a las provincias (art. 108 C.N.). El Presidente ejerce los derechos de patronato en la presentación de obispos a propuesta en terna del Senado (art. 86, inc. 8) y concede el pase (o retiene) los decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos con acuerdo de la Corte Suprema, requiriéndose una ley cuando se trate de disposiciones generales (art. cit., inc. 9). Estas normas han sido modificadas en el Acuerdo de 1966.

La Iglesia católica tiene -según la legislación argentina- el carácter de persona jurídica de existencia necesaria según el artículo 33, inciso 4, del Código civil, que en la nomenclatura de la reforma del año 1968 aparece expresada como persona de derecho público. El Código civil introduce un elemento de fuerte confesionalidad en el ordenamiento positivo al establecer en su artículo 14, inciso 1, que las leyes extranjeras opuestas a la «religión del Estado» no tendrán aplicación en el país.

Principales divisiones del derecho privado

- **Derecho Civil:** que como tronco común es el fondo residual subsistente después de los diversos desmembramientos ocurridos en el curso de la historia

La palabra "civil" con que se define esta rama del derecho, proviene del latín "*civile*". En Roma se distinguía el "*jus naturale*" que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad y el "*jus civile*" que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad o "polis" en griego, era noción equivalente a lo que hoy denominamos "Estado", con lo cual el "derecho civil" se refería al derecho vigente en Roma y comprendía normas de derecho público y privado.

Con la invasión de los germanos y la* caída del Imperio Romano de Occidente, los invasores introdujeron sus propias leyes referentes a la organización de las nuevas naciones. Por ello las normas de derecho público incluidas en el "*jus civile*" perdieron vigencia siendo sustituidas por las nuevas introducidas por los germanos y quedando reservada la denominación de aquél para las normas de derecho privado que, seguían subsistentes. Desde entonces, en un sentido lato, se identifica el derecho civil con el derecho privado.

El dominio de aplicación del Derecho Civil se ejerce a través de cuatro instituciones fundamentales, entendiéndose por "institución" un complejo orgánico de disposiciones de derecho:

- **Personalidad:** El derecho de la personalidad considera a la persona en sí misma y organiza su desenvolvimiento en la sociedad, estableciendo las condiciones bajo las cuales el ser humano o los nucleamientos de hombres son considerados sujetos de derecho.
Es dable efectuar dentro de este sector las siguientes subdivisiones: **1)** Existencia e individualización de las personas físicas; **2)** Capacidad de las personas físicas y sus variaciones; **3)** Existencia, individualización y capacidad de las personas morales
- **Familia:** El derecho de familia rige la organización de la sociedad primaria en que el hombre nace y se desenvuelve, y define dentro de la comunidad familiar el estado de cada uno de sus miembros.
Sus principales divisiones son: **1)** El matrimonio, normas de celebración, efectos en cuanto a las personas y a los bienes, sanción, disolución; **2)** La filiación, que en nuestro derecho puede ser legítima, extramatrimonial o adoptiva; **3)** El parentesco; **4)** La patria potestad, la tutela y la curatela.
- **Patrimonio:** El derecho patrimonial rige las relaciones derivadas de la apropiación de la riqueza y del aprovechamiento de los servicios.
Se divide en: **1)** Derechos reales; **2)** Derechos de las obligaciones o personales; **3)** Derechos intelectuales.
- **Herencia:** El derecho hereditario rige las transmisiones de bienes "mortis causa": sucesión ab-intestato, testamentaria, legados, legitima, etc.
Se hace cargo de la índole perecedera de la criatura humana y dispone la suerte de las relaciones jurídicas luego del fallecimiento de las personas entre las cuales se anudan, o de alguna de ellas. Pone en especial conexión a la institución de la familia con la institución del patrimonio

Conexión del Derecho Civil con otras disciplinas jurídicas: Ya por una razón de orden histórico, en cuanto el derecho civil ha sido el núcleo fundamental del cual se han ido separando los demás ordenamientos especiales.

Especialmente estrecha es la relación existente entre el **derecho civil y el derecho procesal**, puesto que siendo el objetivo de este último la efectividad de los derechos subjetivos mediante su adecuado reconocimiento en justicia, se comprende el cuidado con que habrán de organizarse las reglas procesales para que no resulten prácticamente desvirtuados los derechos que las normas de fondo reconocen.

Por esa función que el derecho civil cumple respecto de las demás disciplinas jurídicas es también llamado "derecho común". Es que en verdad el derecho civil se ocupa del hombre como tal sin atender a particularidad alguna que le pueda comunicar la profesión u otra circunstancia discriminatoria.

- **Derecho Comercial:** Es el que rige las relaciones de los comerciantes y determina las consecuencias de los actos de comercio

¿Cuáles son los actos de comercio?

Artículo 8 Código de Comercio: La ley declara actos de comercio en general:

- Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor
- La trasmisión a que se refiere el inciso anterior
- Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate
- Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador
- Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra;
- Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto;
- Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo
- Las operaciones de los factores tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen
- Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes
- Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial
- Los demás actos especialmente legislados en este Código.

¿Quiénes son los comerciantes? – Código de Comercio Ley N° 2637

Art. 1°: La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.

Art. 2°: Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor.

Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado.

Art. 3°: Son comerciantes por menor los que, habitualmente, en las cosas que se miden, venden por metros o litros; en las que se pesan, por menos de 10 (diez) kilogramos, y en las que se cuentan por bultos sueltos.

Art. 4°. Son comerciantes así los negociantes que se emplean en especulaciones en el extranjero, como los que limitan su tráfico al interior del Estado, ya se empleen en un solo o en diversos ramos del comercio al mismo tiempo.

Art. 6°: Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio.

Por otra parte, forman parte del Derecho Comercial la **Ley 19550: Sociedades Comerciales**, **Ley 19551: Ley de Concursos y Quiebras**, **Leyes de Navegación y Aeronavegación**.

- **Derecho del Trabajo:** Es el que rige las relaciones entre patrones y obreros

El Derecho del Trabajo se encuentra regulado por la **Ley de Contrato de Trabajo Ley N° 20.744**

Hay relación laboral cuando una persona en forma voluntaria y personal desarrolla tareas para otra persona física o empresa, bajo su dependencia, recibiendo una remuneración a cambio.

La Ley de Contrato de Trabajo presume que si se cumplen las condiciones anteriores, aun cuando las partes -trabajador y empleador- no celebren un contrato de trabajo por escrito, existirá una relación de trabajo, generándose para ambas partes todos los derechos y obligaciones propios de ella.

- **Legislación Rural:** Es la que rige las relaciones de vecindad rural y resuelve las dificultades provenientes de la explotación agrícola-ganadera
- **Derecho Internacional Privado:** Es el conjunto de normas que indican de qué manera se resuelven los conflictos de los particulares cuando confluyen en una misma relación jurídica una pluralidad de legislaciones.
- **Derecho Canónico:** Se denomina "derecho canónico" al conjunto de reglas que rigen a la Iglesia Católica, la cual como sociedad perfecta que es, dispone de los medios organizativos adecuados para subsistir y lograr sus fines propios independientemente de todo otro Poder.

El Derecho Canónico gobierna las relaciones de la Iglesia con los fieles y de éstos entre sí en su carácter de tales.

El Derecho Canónico como fuente del Código Civil: Vélez Sársfield

Clase 5 – 16/04

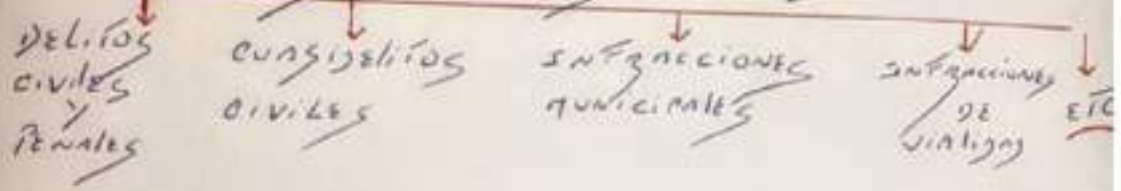
Actos ilícitos: Concepto, diferencia entre acto ilícito y delito, criterio de distinción entre los delitos civiles y delitos penales. Cuasidelitos civiles: concepto y supuestos.

Audio 1

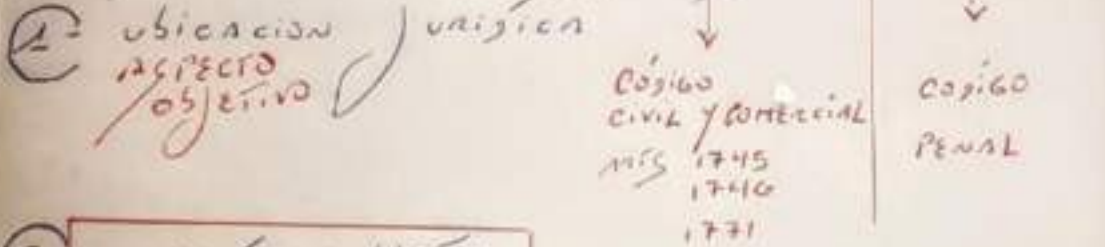
ACTOS ILICITOS → GÉNERO o denominación gen.

Implican la realización de una conducta antijurídica (ilícita)

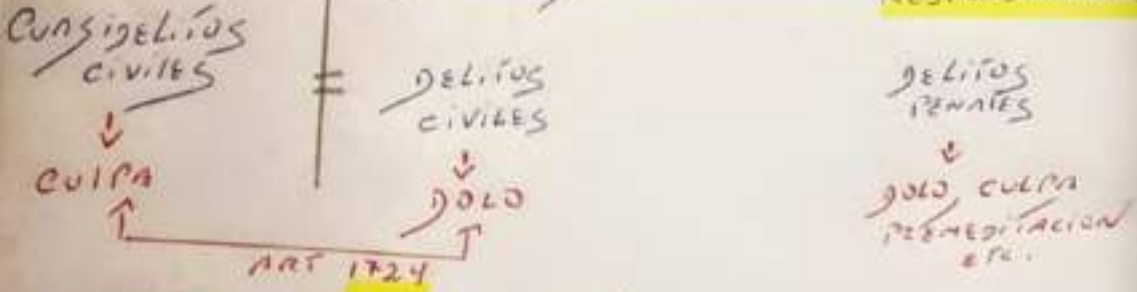
ESPECIES DE ACTOS ILICITOS



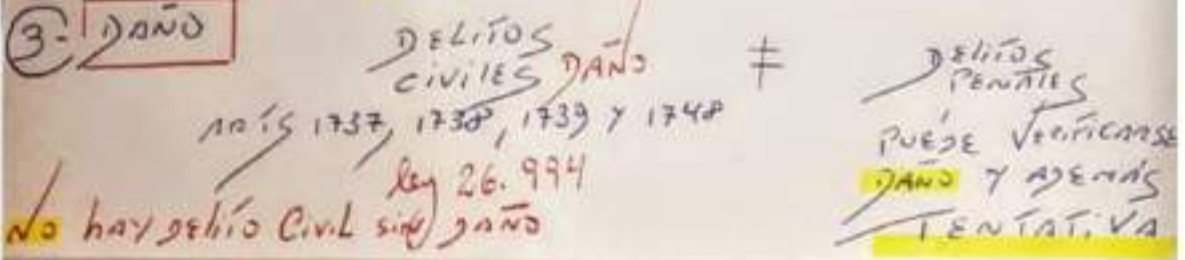
DIFERENCIA ENTRE DELITOS CIVILES Y PENALES



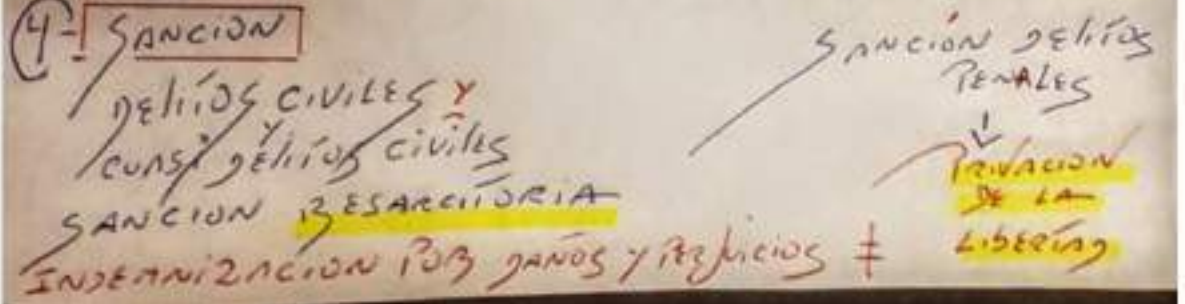
2- ASPECTO SUBJETIVO → **FACTORES DE ATRIBUCION DE LA RESPONSABILIDAD**



3- DAÑO



4- SANCION



Actos ilícitos

Implica la realización de una conducta antijurídica, es decir, un particular ejecuta una conducta que va en contra de la ley o que está prohibida su ejecución por la ley.

Diferencia entre delitos penales y delitos civiles

En cuanto a una **ubicación jurídica o aspecto objetivo**, los **delitos civiles** aparecen en el **Código Civil**. Hoy en día existen **tres tipos** de delitos civiles: **Homicidio** (Artículos 1745 del CCyC), **Lesiones** (Artículo 1746 del CCyC) y **Calumnias e injurias** (Artículo 1771 del CCyC)

Calumnias e injurias: Se entiende por **injuriar** es desacreditar a una persona en el círculo de sus amistades (hablar mal de una persona, afectar su honor). Por **calumnia** se entiende a la imputación a una persona la comisión de un ilícito.

Artículo 1771 CCyC: *Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.*

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

Por otra parte, los **delitos penales** se encuentran ubicados en el **Código Penal**. A diferencia del Código Civil, el Código Penal está repleto de actos delictivos, es decir, describe minuciosamente todos los tipos de delitos en sus distintas variedades y estableciendo una pena por ello.

En cuanto al **aspecto subjetivo**, está el **factor de atribución de la responsabilidad**, esto quiere decir que todo delito civil se ejecuta con **dolo**. Siempre que haya un delito civil, habrá dolo.

Los delitos civiles presuponen que el autor que realiza el acto, cuando los ejecuta, psicológicamente entiende que está cometiendo un acto ilícito y lo hace con la intención de dañar. Es decir, que todo delito implica que su actor actúe deliberadamente con esta intención de provocar el daño y a la vez sabiendo que es una conducta antijurídica la que está realizando. Esto es lo que se denomina **dolo delictivo**, ubicado en el Artículo 1724 del CCyC

Artículo 1724 del CCyC: *Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. 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*

Artículo 1072 del Código de Vélez: *El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código "delito".*

Por otra parte, se encuentra la **culpa:** acción llevada a cabo con negligencia, imprudencia, impericia, la inobservancia de los deberes de cada ciudadano.

La culpa hace que aparezca en el mundo de los actos ilícitos los **cuasidelitos**. El cuasidelito no es un delito, es un acto ilícito ejecutado con culpa, no con dolo.

El **dolo**, en lo actos ilícitos civiles te lleva al **delito**. La **culpa**, en los actos ilícitos civiles te lleva al **cuasidelito**.

En cuanto a los **delitos penales**. En el Código Penal no se distingue entre delitos y cuasidelitos. El delito penal es mucho más amplio porque hablar de acto ilícito y de delito desde el punto de vista penal es lo mismo, están los delitos culposos, delitos dolosos, delitos preterintencionales (que se ejecutan más allá de

las intenciones del autor, sacados de tu propia voluntad) pero son todos delitos de base. El cuasidelito sólo opera en el ámbito civil.

El tercer elemento de distinción entre los delitos civiles y penales es el **daño**. Para que exista un delito civil, esa conducta antijurídica, debe de provocar un daño para que después se pueda pedir una indemnización por daños y perjuicios; no se puede ejecutar un **delito civil** sin que se produzca un **daño**

Daño en el Código Civil y Comercial

Artículo 1737: *Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona 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.*

Artículo 1738: *Indemnización. La indemnización 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. Incluye 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.*

Artículo 1739: *Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.*

Artículo 1748: *Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.*

Desde el punto de vista **penal**, se exige la procedencia del daño. Pero también existe la **tentativa**, es decir, la intencionalidad de querer ejecutar el delito, pero no llegar a ejecutarlo eficazmente.

En cuanto a las lesiones, penalmente, se distinguen **lesiones leves** (Art. 89 Código Penal), **graves** (Art. 90 Código Penal) y **gravísimas** (Art. 80 Código Penal)

Artículo 89 – Código Penal: *Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.*

Artículo 90 – Código Penal: *Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.*

Artículo 80 – Código Penal: *Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

1. *A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia.*
2. *Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.*
3. *Por precio o promesa remuneratoria.*
4. *Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*
5. *Por un medio idóneo para crear un peligro común.*
6. *Con el concurso premeditado de dos o más personas.*
7. *Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.*

8. *A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición.*
9. *Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.*
10. *A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.*
11. *A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.*
12. *Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.*

Por último, la **sanción** para los **delitos civiles** siempre es **resarcitoria**: el que mata a otro, el damnificado indirecto pedirá una reparación mencionada en los artículos 1745 ya mencionados; y si lastima a otro, el damnificado directo pedirá que se le repare todo lo estipulado en el artículo 1746.

En cambio, **penalmente**, no tiene que pagar nada, sino que irá preso, se le privará de su libertad. La **sanción es represiva**

Audio 2

Cuasidelito civil: Acto ilícito civil género, pero ejecutado con culpa. No hay posibilidad de que haya cuasidelito penal, siempre son actos civiles.

3 tipos de cuasidelitos en el Código Civil:

Responsabilidad por el hecho propio:

Artículo 1749: *Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.*

¿Qué pasa cuando una persona, por negligente, comete un daño? Tendrá que responder por él mismo, con una sanción reparadora.

Responsabilidad por el hecho ajeno / Responsabilidad indirecta o refleja

Artículo 1753: *Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.*

Por ejemplo, el dueño de una empresa siempre tendrá que responder por el empleado en el caso de un accidente en un vehículo de la empresa, por el daño generado. El principal responder por los daños del dependiente.

Toda persona que tiene a cargo a otra y que en el ejercicio de sus funciones el otro provoca un daño va a tener que responder **civilmente, penalmente** quien cometió el accidente va a tener que responder por él porque fue el autor de daño. Pero civilmente, el damnificado puede demandar a los dos.

Artículo 1758: *Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.*

Cuando el dependiente hace algún acto sin consentimiento previo del principal.

Hecho de los hijos

Artículo 1754: *Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.*

Artículo 1755: *Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.*

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

Artículo 1756: *Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.*

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

Los padres **siempre** responder por los daños que ejecutan sus hijos **menores de edad** (>10). Hay una excepción que es si el hecho se produce en el hecho escolar, ahí los padres delegaron la guarda de su hijo al establecimiento escolar temporariamente.

Si tienen más de 10 años, pero menos de 18, ya responden los menores mismos por los daños que ejecutan. Como no tienen la capacidad financiera para responder por los daños causados, el damnificado puede demandar al chico y subsidiariamente demanda a los padres por responsabilidad en el ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad)

En resumen, los padres siempre responden por sus hijos hasta los 18 años. Mayores de edad, si ejecutan un daño ilícito, los padres quedan eximidos de la responsabilidad.

Asimismo, aunque no sean responsables por los daños que hagan sus hijos, los alimentos tienen que dárselos hasta los 21 años o 25 años si estudia.

Responsabilidad proveniente por las cosas inanimadas y los animales

Artículo 1757: *Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Artículo 1758: *Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.*

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Artículo 1759: *Daño causado por animales. El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.*

Artículo 1760: *Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción.*

Artículo 1761: *Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.*

Artículo 1762: *Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.*

El Código de Vélez previa la posibilidad de que el dueño de un animal respondiera parcialmente si el damnificado hubiera provocado la situación o si un tercero la hubiera provocado.

Ejemplo: Si le pego una piña a un perro y éste me termina mordiendo. Yo provoqué que lo hiciera. De esta manera la indemnización sería menos, pero no es que se exime de la responsabilidad el dueño.

Siempre el dueño de un animal o de una cosa responde por el daño que esa cosa o animal genera. Esto se llama **responsabilidad objetiva** porque no se discute, no hay que probar nada, es de tu propiedad y vos respondés.

Clase 5 – 20/04

Clasificación de los derechos subjetivos

Audio 1

Los derechos subjetivos se pueden clasificar en **patrimoniales** y **extrapatrimoniales**.

Se entiende por **derechos extrapatrimoniales** a aquellos que no se pueden medir, no tienen un valor económico. Forman parte del patrimonio de la persona pero no son susceptibles de una apreciación pecuniaria. Dentro de este grupo se encuentran los **derechos personalísimos o individuales** y las **potestades familiares**.

Por su parte, los **derechos patrimoniales** son aquellos que sí se les puede establecer un valor económico o financiero. Dentro de este grupo se encuentran los **derechos personales** (u **obligaciones**) y los **derechos reales**

Derechos intelectuales

Historia: En el derecho antiguo no se conocían otros derechos patrimoniales que los reales y los personales. La explotación económica de la producción artística estaba suficientemente protegida con ellos: el escultor, el pintor, el artesano eran dueños de su obra y podían venderla. La literatura, en cambio, no ofrecía iguales posibilidades, puesto que la reproducción era manuscrita y, por tanto, el número de ejemplares limitadísimo. El aprovechamiento económico de la obra literaria era imposible y los autores, si no tenían fortuna propia, debían vivir de la generosidad de algún Mecenas.

Fue la invención de la imprenta la que creó el problema, al permitir la reproducción de grandes números. El autor se vio de pronto ante la posibilidad de obtener apreciables ganancias con la venta de ejemplares.

Pero si bien se advirtió desde un comienzo la justicia de reconocerle al autor el derecho de lucrar con el producto de su ingenio, la imprenta creó otro problema no menos importante: hizo fácilmente reproducibles y divulgables todas las ideas políticas, económicas y religiosas, lo que se juzgaba peligroso para el Estado de aquella época. Se imaginó, entonces, un recurso que permitía conciliar el interés pecuniario del autor con el contralor de lo que pretendía imprimirse: la Corona concedía un privilegio para publicar la obra, si ésta no contenía nada que pudiera ser objeto de censura.

El sistema era, desde luego, insatisfactorio, puesto que los derechos del autor quedaban librados al arbitrio del Príncipe; y cuando la Revolución Francesa hizo triunfar el principio de la libertad de imprenta, era ya inevitable reconocer a los autores un verdadero derecho de reproducir sus obras y explotarlas económicamente, sin depender de la concesión graciosa de un privilegio; y para acentuar categóricamente su calidad de derecho natural, no susceptible de ser desconocido, se lo llamó **propiedad intelectual**, denominación que, pese a su evidente impropiedad, tuvo éxito, precisamente porque importaba una reafirmación del derecho.

¿Constituyen los derechos intelectuales una propiedad? Así son llamados en la Constitución Nacional y en la ley 11723. Pero esta denominación sólo se explica como fórmula de combate, para justificar una protección tan completa como sea posible. Cualquier derecho patrimonial puede aprovecharse económicamente, cederse, negociarse. Por lo demás, la asimilación con la propiedad resulta insostenible. Es de la esencia misma de ésta la existencia de una cosa cierta y material sobre la cual recae el derecho; y las ideas no son susceptibles de apropiación. Es verdad que también los derechos intelectuales tienen un objeto: la obra, sea invento, descubrimiento, escrito, cuadro, estatua, página musical. Pero la obra no como materia sino en tanto creación de la inteligencia. La obra literaria o artística, la obra intelectual, necesita, por el contrario, el mayor campo de expansión posible para producir sus mejores frutos. Ella supone la divulgación en la comunidad, no la permanencia en la mente de su autor.

Además, la propiedad es perpetua y los derechos intelectuales son esencialmente temporarios. Las ideas no son susceptibles de apropiación individual; pertenecen a la sociedad, puesto que son fruto de ella. Es justo, sin duda, que el autor o inventor pueda aprovechar de su nuevo aporte al progreso humano; pero también lo es que el fruto de la civilización sea gozado y aprovechado libremente por toda la sociedad, después que el autor haya sido debidamente recompensado.

No hay, finalmente, interés alguno en hacer entrar por la fuerza los derechos intelectuales dentro de los viejos moldes jurídicos que evidentemente no fueron hechos para ellos. Ya ni siquiera como bandera de lucha sirve la expresión de propiedad intelectual, pues las sociedades contemporáneas son más sensibles a la protección del trabajo que a la de la propiedad. Y lo lógico es vincular el derecho intelectual a la forma, quizá más noble, del trabajo humano. Es necesario, por tanto, admitir que se trata de una tercera categoría de derechos patrimoniales, de naturaleza sui generis. Puede definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual

Los **Derechos Intelectuales** tienen una naturaleza jurídica mixta. Los derechos intelectuales son las creaciones del espíritu, las obras de creación intelectual de cada persona (obras literarias, musicales, artísticas; descubrimientos medicinales, inventos, es decir, todas obras que dependen del intelecto de una persona). Durante el desarrollo de la obra, en esta etapa de la creación del derecho intelectual, no es posible de determinarle un valor económico, es **extrapatrimonial**. Una vez finalizada la obra, los derechos

intelectuales tienen una segunda instancia que es **inscripción registral**, que es cuando se lo registra en el Registro de la Propiedad Intelectual (se deja una copia de la obra en el organismo). A partir de la inscripción, la obra ya forma parte indiscutible del **patrimonio** del autor, evitando el robo, hurto o copia. La obra ya inscrita sale al mercado y comienza la comercialización y explotación de la misma, naciendo así el **derecho de autor**.

El **derecho de autor** es la prerrogativa que se le reconoce al titular de una obra intelectual que la misma es de su propiedad y que a él se le paga, consecuentemente, por la explotación de dicha obra.

El derecho de autor nace con la explotación de la obra.

Se encuentra regulado por el **artículo 17** de la **Constitución Nacional**: *“Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”*

Y por la **Ley 11723 – Propiedad Intelectual**

Artículo 5 - Ley de Propiedad Intelectual: *La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor.*

En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Si la obra tiene aceptación y una explotación importante, el autor tiene que registrar la obra todos los años. Si, por el contrario, no fue tan mercantilizada, corresponde registrarla nuevamente cada 3 años.

Texto de Santos Cifuentes

Derechos Patrimoniales

Derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

Derecho personal, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida. Tal es el caso de la obligación de pagar una suma de dinero, de hacer una obra, de prestar un servicio.

Algunas diferencias entre el Derecho Real y el Derecho Personal

- En los **derechos reales** no hay sino **dos elementos**: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho; en los **personales**, en cambio, hay **tres**: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y lo debido o prestación, que puede consistir en una obligación de dar (si, por ejemplo, se debe una suma de dinero), de hacer (v.gr., el contrato de trabajo) o de no hacer (como es la obligación del locador de abstenerse de todo acto que importe perturbar al inquilino en el goce de la cosa locada).
- Los **derechos reales** se llaman **absolutos** en el sentido de que se tienen erga omnes, contra cualquiera que pretenda perturbar al titular en el goce de la cosa; dan origen a acciones reales,

cuyo objeto es mantener el derecho y que se ejercen tantas veces como sea necesario para defenderlo.

Los **personales** son **relativos**, pues se tienen contra personas determinadas, que son el o los deudores; por eso, las acciones personales sólo pueden dirigirse contra ellos y tienden a la extinción del derecho, pues una vez cobrado el crédito cesa la obligación.

Por **excepción**, las acciones derivadas de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.) tienden, no al mantenimiento, sino a la extinción del derecho, puesto que son accesorios de una obligación de carácter personal.

Del mismo modo, hay también ciertas acciones personales que, por vía de excepción, tienden al mantenimiento del derecho; por ejemplo, algunas acciones derivadas del contrato de sociedad, que tienden a hacer respetar los derechos del socio.

- El titular de un **derecho real** goza del **jus perseguendi**, o sea la facultad de hacerlo valer contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; aunque el principio no es absoluto y sufre excepciones: una de ellas sería el caso del poseedor de buena fe de cosas muebles, contra quien no puede ejercerse reivindicación. Los **derechos personales**, en cambio, **no gozan** de este privilegio.
- Los **derechos reales** sólo pueden ser **creados por la ley** y, por ello, su número es **limitado**. El Código Civil enumera el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda y la anticresis. La prohibición de que las partes interesadas puedan crear otros derechos reales que aquellos establecidos en la ley obedece a la preocupación del poder público por todo lo atinente al régimen de la propiedad, a la cual se vinculan estrechamente ellos, y que podría quedar alterada en sus mismos fundamentos si se admitiese la libertad de convenciones; es éste un problema de capital importancia para el orden económico social. En cambio, los **derechos personales** son **ilimitados** en su número; las partes pueden crear tantos como convenga a sus intereses, formando el contrato una regla a la cual deben someterse como a la ley misma
- La ley reglamenta, por lo general, las **formalidades requeridas** para la transmisión de los **derechos reales**, que son más rigurosas para el caso de que se trate de bienes inmuebles (escrituras públicas, inscripción en el registro, tradición); en cambio, los **derechos personales** generalmente nacen o se transmiten sin **ningún requisito formal**.
- Los **derechos reales** son susceptibles de adquirirse por **usucapión**; no así los **personales**, respecto de los cuales **no** es concebible la **posesión**, la cual unida al transcurso del tiempo, constituye el fundamento de aquélla.
- Los **derechos reales** tienen, en principio, una **duración ilimitada**, y no se extinguen por el no uso: la prescripción liberatoria no rige respecto de ellos. El derecho de propiedad no se pierde por más que el titular deje de ejercerlo por un número indefinido de años, a menos que otra persona adquiera el dominio por prescripción adquisitiva. En cambio, la **prescripción liberatoria** se opera respecto de todos los derechos creditorios no ejercidos durante los plazos fijados por la ley.
- Es también característica general de los **derechos reales** la facultad de **librarse** de las cargas que pesan sobre ellos mediante el **abandono**, aunque esta regla **no rige** respecto de los **derechos reales** de garantía que son accesorios de un crédito; en este caso, el abandono no desobliga, porque si vendida la cosa no quedara cubierta la totalidad de la obligación, el saldo es exigible al deudor.

Audio 2

Derechos Extrapatrimoniales

Potestad familiar

Al hablar de potestad familiar nos estamos refiriendo a un **derecho subjetivo**, es decir, una prerrogativa o potestad que tiene una persona para exigir el cumplimiento de una determinada conducta a otra.

En la **potestad familiar** se da que este poder de exigirle una conducta a otro se da sobre una determinada persona que está vinculada con el parentesco del que exige este poder. Existe un interés familiar por sobre todas las cuestiones, es decir, el que le exige una determinada conducta a otro es porque tiene una relación de parentesco.

Primeramente, la potestad familiar estaba basada en la **patria potestad**, que es el poder o prerrogativa que tienen los padres sobre sus hijos. Actualmente se llama **responsabilidad parental**.

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

Además, antiguamente, se encontraba la **potestad marital**, es decir, el poder que tenía el marido sobre la mujer. Cada vez que la mujer quería realizar un acto jurídico, necesitaba de la previa autorización y conformidad de su marido.

En el Código de Vélez se consideraba a las mujeres como incapaces de hecho relativo. (Art. 5)

Artículos de la Responsabilidad Parental (Potestad familiar)

Artículo 638.- *Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.*

Artículo 639.- *Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:*

- *el interés superior del niño;*
- *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;*
- *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

Artículo 640.- *Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula:*

- *la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;*
- *el cuidado personal del hijo por los progenitores;*
- *la guarda otorgada por el juez a un tercero.*

Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

Artículo 641: *Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:*

- en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;
- en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;
- en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;
- en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;
- en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

Artículo 642: *Desacuerdo.* En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

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

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

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

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

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

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

Artículo 645: *Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.* Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

- autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;
- autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;
- autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;
- autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;
- administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

Artículo 2639: Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes. (Rige para el Derecho Internacional Privado)

Audio 3

Derechos Personalísimos o Individuales

Denominación

Son 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.

Caracteres: los derechos personalísimos tienen un conjunto de caracteres demostrativos de su autonomía.

- **Innatos:** Porque son connaturales o como nacidos con el sujeto mismo. Por el solo hecho de comenzar a ser persona, se tienen esos derechos personalísimos, sin que haya otra entidad captable que deba necesariamente verse unida a ese comienzo.
Por oposición a los innatos, los derechos derivados requieren tener alguna condición que el orden jurídico contempla al margen o aparte del hecho de empezar a ser sujeto.
- **Vitalicio:** Porque siguen a la persona durante su vida. Imposible pensar a la persona humana sin honor, libertad, vida respetada, etc. Luego, no pueden faltar en ningún instante de la vida y terminan con la muerte del portador de ellos.
- **Necesarios:** Los personalísimos, dado que son el mínimo indispensable para el contenido de la existencia de la persona, son esenciales y no derivados ni eventuales. Si el ordenamiento normativo desconociera estos derechos, todos los otros derivados o adquiridos –eventuales– perderían interés para el individuo, porque de nada valdría tener propiedad, derechos de familia, etc. Si no se respetara la libertad, la vida, el honor.
- **De objeto interior:** Debido a que son manifestaciones o facetas del hombre como persona, están indisolublemente unidos a él. De este modo, aunque la persona es conceptualmente anterior a los derechos que le corresponden, los personalísimos aparecen inmediatamente unidos, porque provienen de la sola condición de ser persona.
- **Inherentes:** Porque son intransmisibles en virtud de su inescindible unión con la persona. Muchos otros derechos no personalísimos son también inherentes, pero es un carácter que les corresponde por no transmitirse a los herederos.

- **Extrapatrimoniales:** En el sentido de que no pueden ser medidos o mensurados en dinero. No asientan sobre bienes estimables o calculables pecuniariamente.
- **Relativamente indisponibles:** Quiere esto decir que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente. Pero sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial o transitoria.
- **Absoluta:** Pues al igual que el derecho de propiedad y los reales en general, se oponen a todos los demás miembros de la sociedad, reconociéndose una obligación pasiva universal al respecto. O sea, que son oponibles *erga omnes*.
- **Privados:** Ya que se ubican en el ámbito del actuar de los particulares. Aunque existen derechos subjetivos públicos, los personalísimos atañen a los conflictos e interferencias entre las personas.
- **Autónomos:** El conjunto de las notas y características nos ponen frente a una figura particular, no identificable con otras, y por eso puede llamárselos autónomos.

Clasificación

- **Derechos de la integridad física:** Comprenden la vida y las facultades que ejerce la persona sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Son de esta clase el derecho a vivir, y los que se identifican con la existencia vital del cuerpo, sus partes y detalles; los derechos relaciones con la salud y los medios para preservarla u obtenerla, y, finalmente, los derechos sobre el destino del cadáver.
- **Derecho de libertad:** No solamente atiende al problema físico: el movimiento, la locomoción, sino también en lo concerniente a la expresión de las ideas, la realización de actos o negocios, el empleo sin trabas de la fuerza física y espiritual.
- **Derechos de la integridad espiritual:** Estos comprenden, en primer lugar, el honor; después la imagen; la intimidad o vida privada, y por último, la identidad.

Audio 4

Derechos Patrimoniales

Obligaciones

Artículo 724: *Definición. La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.*

El origen de la obligación puede ser contractual cuando ambas partes firman un documento con determinadas cláusulas que se obligan a cumplir. Y, además, extracontractual cuando la obligación nace como consecuencia de un daño provocado de una persona a otra.

Siempre el acreedor le exige al deudor con la prestación de vida, prestación lícita, que cumple con lo que firmó o lo amparado en la ley.

Los **3 elementos** que componen una **obligación** son: **sujeto activo** (o acreedor), **sujeto pasivo** (o deudor) y **prestación** (conducta a la que se ve obligada lícitamente a cumplir el sujeto pasivo a favor del sujeto pasivo, en función de lo que haya pasado).

La prestación puede ser: obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Audio 5

Derechos Reales

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

Los derechos reales se caracterizan por gozar del:

- **ius perseguend:** el titular del derecho puede “perseguir” la cosa, aunque esté en manos de otra persona, estando limitado por la ley.
- **ius preferendi:** cuando una persona es titular de un derecho real y posteriormente se constituye otro derecho real sobre la misma cosa, aquél será el preferido en el ejercicio de su derecho porque en materia de derechos reales rige la máxima, “*priori in tempore potio in jure*” (primero en el tiempo. Mejor en el derecho). En los derechos reales de prenda e hipoteca se presenta como “derecho de exclusión” (Ej.: si yo constituyo un derecho real sobre una cosa a favor de A y luego constituyo otro derecho real sobre la misma cosa a favor de B, esto no afecta a A).

Artículo 1887: Enumeración. Son derechos reales en este Código:

- el dominio
- el condominio
- la propiedad horizontal
- los conjuntos inmobiliarios
- el tiempo compartido
- el cementerio privado
- la superficie
- el usufructo
- el uso
- la habitación
- la servidumbre
- la hipoteca
- la anticresis
- la prenda

Los derechos reales tienen lo que se llama **numerus clausus**, es decir, que tienen un número cerrado, que son establecidos o impuestos por la ley. No se pueden crear derechos reales, a diferencia de la celebración de un contrato que se pueden imponer todas las obligaciones que las partes deseen.

Clase 7 – 22/04

Audio 1

Derechos Personalísimos o Individuales

Se entendía al **derecho personalísimo** como todas aquellas libertades y derechos propios del hombre sin los cuáles no sería posible que éste tuviera existencia en la sociedad como tal.

Aclaraciones sobre las clasificaciones de los derechos personalísimos

Innatos: Por innatos se entiende se entiende que se adquieren desde el mismo momento de la concepción.

¿Qué es la concepción? Es el hecho de la formación del nuevo ser en el seno materno. Desde este momento comienza la existencia de la persona.

Artículo 19 CCyC: *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

En el Código de Vélez no se llamaba **persona humana**, sino **persona de existencia física o persona visible**.

Desde el momento de la concepción y hasta el nacimiento la persona humana se llama **persona por nacer**. Esta persona por nacer, en los términos del **artículo 24** es una persona incapaz de hecho (Incapaz de ejercicio según el Código Velezano). Esto quiere decir que, desde el momento de la concepción, persona por nacer puede adquirir derechos y contraer obligaciones (mediante donativos de terceros).

Cabe destacar una **diferencia** entre el Código Civil y Comercial y el Código de Vélez respecto a la concepción: el Código Civil y Comercial no establece la concepción en el seno materno, no lo aclara, esto se debe a que, al no decir en el *seno materno*, se está reconociendo las **técnicas de inseminación artificial**. Sin embargo, todas esas técnicas o prácticas de inseminación artificial **no implican concepción**. Si, por ejemplo, en un laboratorio se unen un espermatozoide y un óvulo y eso genera un embrión, hasta que el embrión no esté implantado en el útero de la madre, todavía no habrá concepción; lo será cuando lo implanten, mientras será un embrión pero no será persona.

Artículo 70 – Código Vélez: *Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.*

Normativa Transitoria Segunda

Artículo 9°: Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:

Segunda: *La protección del embrión implantado será objeto de una ley especial.*

Antes de la implantación del embrión en el útero materno, la Normativa Transitoria Segunda establece que el Congreso va a tener que dictar una ley a los efectos de regular el régimen las prácticas de inseminación artificial para proteger y tutelar a los embriones y evitar que se los destruya, se los vendan o hagan experiencias científicas.

Diferentes legislaciones respecto de la concepción

Nuestra legislación reconoce el momento de la concepción desde el momento de la fecundación, es decir cuando el espermatozoide penetra el óvulo y ahí comienza la existencia de la persona.

Otras legislaciones entienden que hay concepción cuando, luego de la fecundación, transcurren **14 días corridos**. Es decir, 14 días corridos seguidos desde el momento de la fecundación, operará un término que se llama **anidamiento**, cuando el embrión comienza a anidarse a las paredes de útero (aparecen los vasos sanguíneos). Para algunas posturas, hasta que no hay anidamiento no hay concepción.

Una **tercera teoría** dice que a partir de las **8 semanas** de la fecundación se dará la concepción. Se establecen las 8 semanas porque es cuando se forma el surco neural, antecedente al sistema nervioso.

Una **cuarta legislación** establece **después** de las 8 semanas, que es cuando el embrión empieza a enviar estímulos eléctricos y se empieza a mover

Método del Código para calcular la concepción jurídica. Relevancia jurídica.

El **artículo 20** del **Código Civil y Comercial** utiliza el mismo método que Vélez Sarfield había establecido en los artículos 76 y 77 de su obra para calcular la fecha de concepción de los nacidos, el cual queda estipulado en el espacio de tiempo comprendido entre un máximo de 300 días y un mínimo de 180 que puede durar el embarazo. Consecuentemente, la época de la concepción se presume en el lapso de 120 días que operan entre ambos plazos, descontando el día de nacimientos.

La Ley 23.264 modificó el artículo 77 del Código de Vélez, el cuál en su redacción original estipulaba una presunción *lure et de iure* (que no admite prueba en contrario), eliminando la palabra NO de su texto y transformando con ello dicho criterio en una presunción *luris tantum* (se establece por ley y que admite prueba en contra), como se mantiene en la actualidad

La fecha de concepción de los nacidos tiene una relevancia jurídica en el plano del derecho civil ya que, a partir de este hecho biológico de formación del nuevo ser en el seno materno, la persona por nacer podrá adquirir condicionalmente algunos derechos como si ya hubiese nacido, algunos de los que constaban claramente descritos en el artículo 64 del texto original del Código, el cual hacía referencia a la posibilidad de percibir bienes, por donación o herencia.

Asimismo, desde la concepción, la persona por nacer podrá contraer obligaciones de manera indirecta para el caso de legado o donaciones de bienes de magnitud patrimonial.

Sin embargo, esta adquisición de derechos está condicionada al nacimiento con vida para que los mismos quedaren irrevocablemente adquiridos en el patrimonio de la persona, aunque su vida se prolongase sólo por unos instantes, conforma lo estipula el artículo 21 del Código Civil y Comercial y la doctrina aplicable

En este orden de ideas es menester definir jurídicamente el **nacimiento**, el cual se verifica cuando la persona humana está completamente separada de su madre.

No pudiendo omitirse el rol fundamental de la fecha de la concepción para tutelar el derecho a la identidad de las personas y así conocer con certeza quienes fueron los progenitores de las mismas, como también tutelar eventuales donaciones o legados que pudieran efectuarse respecto de la persona por nacer, proteger los derechos de la viuda embarazada e hijo póstumo del cónyuge premuerto.

Condición resolutoria

El **artículo 21** del Código Civil y Comercial incorpora la condición resolutoria que planteaba Vélez en el artículo 74 del Código Civil, la que indica que, para los casos de **nacimiento sin vida**, se considera que la persona **nunca existió**.

Al referirse que la persona nunca existió toda vez que estamos en presencia de una condición resolutoria, la cual produce efectos *ex – tunc* (desde siempre), retroactivamente corresponde remontarse al hecho de la concepción (momento en que comienza la existencia de la persona humana) y así negar categóricamente que ella se hubiera producido y consecuentemente postular que jamás podría haber adquirido derechos patrimoniales, haberlos conservado durante el transcurso del embarazo y menos aún que hubiere operado transmisión de los mismos al momento de su muerte.

Audio 2

Repaso breve: Los derechos personalísimos, en principio, son extrapatrimoniales porque si sufren algún daño o menoscabo se transforman en personales y habrá un deudor y un acreedor, un damnificado directo (si es lesiones) o indirecto (si es muerte). Pero, en principio, estos derechos no se puede medir en valor económico como la vida, la lesión, el cuerpo.

Otra de las características de los **derechos personalísimos** es que son **imprescriptibles**: que no se adquieren ni se pierden por el paso del tiempo.

Prescripción

Concepto jurídico en virtud del cual el transcurso de tiempo consolida situaciones de hecho. Permite la extinción de derechos (extintiva) o adquisición de cosas ajenas (liberatoria – usucapión).

Algunas características

- La prescripción no hace perder el derecho sino la acción judicial. El derecho queda sin protección jurisdiccional, pero subsiste el derecho natural, de modo que cuando obligada, no obstante el transcurso del tiempo, cumple, ese cumplimiento es efectivo y no podría *a posteriori* pretender repetir alegando que había prescrito la acción.
- La prescripción es una institución general que se aplica a todos los derechos menos a los que expresamente la ley, por excepción, dispone que no son prescriptibles (como el caso de nulidad absoluta o de los derechos de familia).
- La prescripción sólo proviene de la ley.
- La prescripción se interrumpe, suspende y dispensa en ciertas circunstancias.
- La prescripción se levanta como un plazo para todos los derechos personales, no reales, abarcando los que contienen intereses particulares.

Clases de prescripción

- **Prescripción adquisitiva o usucapión:** La prescripción adquisitiva hace adquirir un derecho por el transcurso del tiempo durante el cual se lo ha poseído continua e ininterrumpidamente, sin que el titular propietario actuara para ejercer sus prerrogativas de tal ni interrumpiera la posesión del usucapiente.

Artículo 1897 CCyC: *Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.*

Artículo 1909 CCyC: *Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.*

Posesión es diferente de **tenencia**:

Artículo 1910 CCyC: *Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.*

Es tener una cosa bajo su poder pero reconocer que pertenece a otra persona.

- **Prescripción liberatoria o extintiva:** La prescripción liberatoria es la pérdida de la acción judicial que tutela un derecho, por causa del transcurso del tiempo fijado por la ley frente a la inactividad del dueño del derecho.

Aparte de esta división, es de tener en cuenta que hay **dos tipos** de prescripción según el plazo.

- **Liberatoria común u ordinaria:** La común u ordinaria, para toda clase de derechos personales, prescribe en 10 años
- **Prescripciones especiales:** En las especiales más cortas hay distintos términos, así de 5, 2, 1 año, 6 meses, etc., pero siempre que no exista disposición concreta y particular sobre una especial, queda enmarcado el caso en la común de diez años.

Sobre cosas inmuebles: La **adquisitiva o usucapión** tiene un plazo general cuando hay **buena fe** y justo título en el poseedor usucapiante, es que es de **10 años**. Pero si es de **mala fe** o no tiene justo título, para usucapir se requieren **20 años**. En esta prescripción se requiere que la posesión sea continua y no interrumpida por 10 o 20 años, según los casos. En esta prescripción, una persona que no es dueña del bien hace actos posesorios de ese bien durante un plazo señalado, sin que el dueño lo impida ejerciendo sus derechos de propietario.

En el caso de que se tratase de **cosas muebles:** existe una presunción de propiedad de la cosa mueble que se denomina **posesión vale título**, esto quiere decir la posesión de buena fe de una cosa mueble hace presumir que sos el propietario.

***Artículo 18:** Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita.*

¿Qué pasa si la persona es de buena fe pero la cosa es robada o perdida? Es decir, una persona encuentra un objeto mueble pero desconocía su procedencia o quién era el dueño, es decir, no aplica la posesión vale título: en este caso, como la persona es de buena fe y el objeto es dable, y que es perdido o robado, el Código establece que tiene que esperar **2 años** para poder lograr que esa cosa esté en titularidad de la persona que la tiene

***Artículo 1898 CCyC:** Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años.*

***Artículo 1899 CCyC:** Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años.*

CLASE 8 – 23/04

I.- DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA, Art.51, ley 26.994. II.- DERECHO A LA DIGNIDAD, Arts. 51y 52, Ley 26.994. III.- DERECHO DE VIVIR. IV.- DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL: Régimen de Ablación de Órganos. V.- DERECHO A LA LIBERTAD

Audio 1

Explicación conceptual de los derechos personalísimos

Principio de inviolabilidad

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

Hay que respetar tanto la integridad física como psíquica, moral, espiritual de una persona, no se puede avasallar. Si ello se afecta, la persona puede solicitar un juicio por daños y perjuicios

Artículo 52: *Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos*

Artículo 17 de la Constitución Nacional: *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.*

Artículo 18 de la Constitución Nacional: *Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Juicio por daños y perjuicios.*

En la CN establece que lo que es inviolable son los bienes de la persona, no la persona en sí mismo.

Para algunos, el artículo 51 del Código tendría que decir que en realidad lo que es inviolable no es la persona, sino sus bienes, teniendo en cuenta la norma fundante que es la Constitución Nacional en los artículos 17 y 18.

Para otra postura se entiende que lo que en realidad es inviolable es la persona en sí misma basándose en el artículo 57 del Código: **Artículo 57:** *Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.*

Derecho a la vida

No conviene llamarlo derecho "sobre la vida", porque ello implicaría una facultad absoluta sobre el bien, como si se pudiera disponer completamente de la vida. Tampoco derecho "a la vida", porque no se trata de un derecho a conseguir la vida, lo cual ocurre con la concepción y el nacimiento, que en general son acontecimientos naturales. En cambio, este derecho importa defender la propia vida de ataques, conservarla y gozarla, de ahí que resulte apropiado hablar del "derecho de vivir".

A partir de la concepción en el orden jurídico se protege el derecho de vivir. De ahí que se ha penalizado el aborto, el homicidio y los atentados que se cometen para quitar la vida de un semejante. Además de las normas penales al respecto, en lo civil la jurisprudencia, aunque dividida, suele destacar que la vida es un bien que constituye un valor, aparte de la moral o afectivo que también tiene. De tal idea surge el derecho al resarcimiento por causa de la muerte de un allegado, como el padre, madre, hijos. Al establecerse una indemnización resarcitoria, se demuestra que el vivir tiene valores económicamente mensurables por sus propias potencialidades o energías físicas y espirituales. Aunque no debe confundirse el bien personalísimo con el menoscabo producido al suprimirlo. El bien no es el daño que su supresión irroga.

Acá se encuentran, como formas de tutelar el derecho a vivir, los **artículos 1745** (indemnización por muerte) y **1746** (indemnización por lesiones) que brindan una **protección civil** al derecho a vivir (como es civil siempre se tratará de un resarcimiento económico del daño producido). Desde el punto de **vista penal** se encuentra el **artículo 79** (homicidio simple) y distintos tipos de homicidios (doloso, culposo,

preterintencional, etc.) que, si se realizan, la persona que los comete será privado de su libertad (como es un tema penal, las penas serán represivas).

Otras formas en la que se tutela el derecho a la vida es en una separación familiar cuando el cónyuge tiene que pasar una **cuota alimentaria** a la mujer quien los administra y gestiona en favor de sus hijos. Por otro lado, se encuentra la **Ley de Riegos del Trabajo n° 24.557** (junto con el Derecho Laboral) que estipula, en caso de un empleado sufra un accidente en el ámbito laboral, cómo se debe reparar la vida en caso de muerte o lesiones.

Artículo 33 de la CN: *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

De manera tácita, más allá de que no estén mencionado expresamente el derecho a vivir en la Constitución, por este artículo está tutelado de manera implícita

Ley N° 27.610 - Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)

Derechos

La ley establece que las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a:

- Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la ley;
- Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la ley;
- Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la ley;
- Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

Plazos

La ley garantiza:

- El derecho a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14, inclusive, del proceso gestacional.
- El derecho a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo a partir de la semana 15 del proceso gestacional en las siguientes situaciones:
 - Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de personas menores de 13 años de edad, la declaración jurada no será requerida.
 - Si estuviera en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

Consentimiento informado

La ley establece que previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

En el caso de personas menores de edad, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:

- Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la ley.
- En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo 7º de la Ley.

Objeción de conciencia

La ley establece que el o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia con las condiciones que estipula la ley. Además, que el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable.

Esta ley no altera nada de lo establecido en el Código Civil y Comercial, sino el Código Penal al no catalogar como punible la práctica del aborto

El Pacto de San José de Costa Rica como elemento que tutela el derecho a la vida

Derecho a la vida: Toda persona 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..." (art. 4º).

Derecho a la integridad personal: "1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 5º).

Prohibición de la esclavitud y servidumbre: "1) Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2) Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio..." (art. 6º).

Derecho a la libertad personal: "1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" (art. 7º).

Medios de protección de los derechos personalísimos

Los medios del derecho civil para tutelar los derechos pueden sintetizarse en tres vertientes: la **indemnización de los daños y perjuicios**; la **reposición *in natura* o en especie** y la **supresión o eliminación del ataque**.

La **indemnización** o resarcimiento de los daños y perjuicios se traduce en una compensación en dinero para tratar de obtener un equilibrio entre el bien perdido y el provecho que esa suma de dinero representa. Aunque el resarcimiento puede ser del daño material y moral, en el ámbito de los derechos personalísimos asume indudable importancia el daño moral, pues suelen lesionarse valores no medibles monetariamente. El **daño material** requiere una reparación por el equivalente, es decir, la cantidad de dinero que importe íntegramente la pérdida sufrida (el daño emergente y el lucro cesante o utilidad perdida). El **daño moral** es un resarcimiento aproximativo y por satisfacción o satisfactorio. Aunque aquí no se llega a la equivalencia, se trata de dar satisfacciones con el dinero que las hace posibles

La **reposición en especie** devuelve el bien dañado. Es el caso de las publicaciones, cuando se ha lesionado el honor propalando una noticia deshonrosa. De la retractación que se hace pública en los medios de

difusión, ya que el ofensor se arrepiente y admite lo infundado de su ataque. En este sentido, está también el llamado **derecho de réplica**

En **faz preventiva** se puede considerar la acción para que cese el ataque ya comenzado. Se llama **acción de abstención**. Cuando ese ataque produce una lesión continuada en el tiempo, es dable solicitar a la justicia que ordene la remoción, suspensión o cese y eliminación del ataque ya comenzado. También es posible, por medio de una **acción inhibitoria**, pedir una orden que impida el ataque no comenzado, pero sí amenazado. El temor de que se produzca la primera transgresión y antes de que ella se materialice, permite requerir la protección de la justicia. Aunque si se solicita esa orden judicial sin derecho, el solicitante puede ser condenado a pagar los daños y perjuicios que la inhibitoria pudo haber causado, siempre que se pruebe que obró al pedirla maliciosamente o con culpa.

Derecho de réplica: En realidad, más que de réplica lo que vendría a significar la posibilidad de contestar opiniones, ideas, críticas o exposiciones de contenido ideológico, de lo que se trata es de poder dar respuesta a injurias, calumnias o ataques en general al honor, o de permitir la rectificación de noticias alteradas o falsas con relación a la realidad, difundidas por los medios de comunicación.

Este derecho de rectificación o respuesta importa la facultad de exigir del medio de comunicación (prensa, radio, televisión, etc.) donde aparecieron las ofensas o los datos inexactos de la persona, que provea un espacio para subsanar el honor lesionado o para dar la versión real de la noticia. En realidad, más que un derecho, es un medio de defensa de los derechos.

Audio 2

Supuestos del derecho a vivir

Eutanasia

Se entiende por **eutanasia** el llamado homicidio por compasión, es decir, el que causa la muerte de otro por piedad ante su sufrimiento o atendiendo a su deseo de morir por las razones que fuere.

También podemos definirla como: "las actuaciones cuyo objeto es causar la muerte a un ser humano para evitarle sufrimientos, ya sea a petición de éste o bien por considerar que su vida carece de calidad humana para que merezca el calificativo de digna".

Algunos países han despenalizado su práctica, en especial si el enfermo grave, con un mal que no permite recuperación y que ha de fallecer prontamente, ruega al médico que, para no seguir sufriendo, le procure la muerte (activa), o le suspenda los medicamentos (pasiva), o bien le suministre calmantes que puedan producirle lentamente el deceso indoloro al tiempo de tomarlos (activa no directa). Por un lado, está el caso común explicado de la eutanasia activa y pasiva, por el otro el de las personas que habiendo sufrido un colapso cerebral definitivo se considera que pasan por un estado vegetativo, sin respuesta encefálica, y se mantienen sus funciones orgánicas primarias (corazón, respiración, alimentación, etc.) con aparatos electrónicos, los cuales, al ser desconectados o desactivados, se produce el cese total de la aparente vida orgánica.

En nuestra legislación, las leyes prohíben la eutanasia y se considera delito penal si el médico la practica en sus pacientes, aunque éstos le supliquen la extinción de su vida.

Artículo 70 CCyC: *Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

Esto quiere decir que nunca el médico puede tomar medidas que impliquen la asistencia a la muerte de un paciente por muy mal estado en el que se encuentre.

No es lo mismo **eutanasia** que **muerte digna**

Ley 26.742 – Muerte digna

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

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. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Suicidio

En otras épocas se sancionaba con penas el suicidio y el atentado de suicidio. A partir de autores como Beccaria, Voltaire, Montesquieu y otros, se llegó a la conclusión de que no es aceptable imponer una pena al suicida o a sus herederos. En primer lugar, porque la muerte del sujeto importa hacer recaer la pena sobre los sucesores, que son inocentes en lo que se refiere a la acción incriminada.

Si bien el suicidio no es punible, sí lo es la ayuda a cometerlo por parte de terceros.

Por otra parte, no es dable sostener que existe un derecho a suicidarse. En efecto, la autoridad puede impedir que el suicida logre su propósito, y hasta cualquier persona puesta en ese trance podría tratar de evitarlo. Quiere decir que el orden jurídico no reconoce la facultad o poder jurídico de hacerlo, ya que es impedible por la fuerza.

Duelo

El duelo también se ha descartado como lícito, pues es una lucha en que ambas partes pretenden sacrificar a la otra. En este sentido se lo considera un delito penal. En el orden civil, se ha aceptado la indemnización de las heridas recibidas en duelo, a favor del herido o de su familia, aunque haya sido él el provocador, demostrándose que el duelo se considera un delito civil.

Experiencias científicas

En cuanto a las experiencias científicas, en las cuales se pone en peligro la continuidad de la vida, se han dado casos como el del sometimiento a una operación experimental, o a una inoculación virósica para descubrir el desarrollo de la enfermedad y la posibilidad de obtener el remedio o la vacuna. Pueden establecerse las siguientes bases para definir la legitimidad de dicha conducta:

- Tiene que tratarse de una experimentación en beneficio de la humanidad;
- A pesar de ello, no es aceptable el compromiso contractual obligatorio y la ruptura de ese compromiso por parte de la persona que se ofrece, no debe producir ninguna repercusión en su contra;
- No es aceptable que el riesgo sea comprado con dinero u otros beneficios, pues habría una mercantilización no altruista, que sería contraria a la moral y buenas costumbres

- Sólo sería admisible el acto espontáneo que, además, no significara la absoluta certeza de la muerte del sometido y que fuera prudentemente considerado, tomándose todas las precauciones necesarias para evitar ese desenlace.
- Tiene que haber alguna probabilidad de éxito en la experimentación, para evitar un sacrificio inútil.

Artículo 58 CCyC: *Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:*

- Describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;*
- Ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;*
- Contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;*
- Contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;*
- Estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;*
- Contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;*
- No implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;*
- Resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;*
- Asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;*
- Asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.*

Artículo 59: *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

- Au estado de salud;*
- El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*
- Los beneficios esperados del procedimiento;*
- Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*
- Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*
- En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las*

perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Artículo 60: *Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Audio 3

Derecho a la integridad física

El cuerpo es la parte orgánica del hombre, que importa el soporte físico de la vida y se une a ella de modo que puede sostenerse que el hombre es corpóreo y que el cuerpo no es una cosa, en su acepción de objeto material susceptible de valor y tampoco, por ende, puede ser objeto del derecho de propiedad.

El corte, extracción o ablación lo que las separa, ya se trate del pelo, la leche, la sangre, algún miembro amputado, etc., no son objetos sin dueño, sino que pertenecen al que ejerce el derecho al cuerpo del cual se han separado.

No es válido el acto por el cual la persona enajena una parte de su cuerpo, todavía no separada, si esa parte no es renovable y su ablación implica un ataque a la integridad corporal, el cirujano puede cometer delito de lesión, y el contrato, obligándose a darla (inclusive sobre los renovables) no tiene efectividad, pues la persona puede arrepentirse hasta el último momento de entregar una parte de su cuerpo. El arrepentimiento no trae consecuencias; pero, cuando por algún motivo hay entrega espontánea para la ablación o extracción, las cosas que surgen de ese acto no son de la persona que la practica ni de cualquier otro que pretenda apropiarse, sino del sujeto de la cual provienen.

Cuando los elementos ortopédicos o mecánicos se unen al cuerpo llenando funciones imprescindibles para vivir, y no es posible sacarlos sin producir graves consecuencias en el organismo, dejan de ser cosas que están en el comercio y se transforman, recíprocamente, en bienes personalísimos del individuo en el cual se han implantado.

Dentro del derecho a la integridad se encuentra el **derecho al cuerpo**, donde está el **trasplante de órganos**

Trasplantes de órganos “in vivo” (Ley 24.193)

- **Órganos Renovables:** Considerados tales, la sangre, la piel, el pelo, médula ósea, hígado, etc., se entiende que es legítimo cederlos en beneficio de otras personas que pueden necesitarlos. Ello siempre que el dador no quede debilitado irrecuperablemente. Los órganos renovables son objeto de ablación. A nadie se puede obligar a ello, ni por sanción ni por pena, menos aún para investigaciones judiciales, pues sería admitir una prueba contra sí mismo, lo cual atenta contra el principio de defensa, y va contra el derecho personalísimo al cuerpo.
- **Órganos No Renovables:** Los trasplantes de órganos no renovables producen necesariamente una disminución de la integridad física del individuo.

Trasplantes de órganos *post mortem* (Ley 26.066):

La Ley 26.066 establecía que todas las personas son donantes presuntos *post mortem*. Sin embargo, esta presunción era *iuris tantum* (que admite prueba en contra), es decir, el **artículo 61 del CCyC**

Artículo 61: *Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.*

Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad

Es decir, si bien se presumía que todos los fallecidos eran donantes de órganos, si no estaba clara la manifestación de la voluntad del muerto, la decisión correspondían a los parientes del mismo.

Sin embargo, el artículo 61 fue derogado por la **Ley 27.447 “Ley Justina”**, donde se termina que todos somos donantes presuntos *post mortem*. Entonces se pasa de una presunción *iuris tantum* que aceptaba prueba en contra porque los parientes tenían la última palabra a una *iure et de iure*, que no admite prueba en contra, eliminando la duda sobre la manifestación o no de la donación de los órganos del fallecido.

Cabe una aclaración respecto a la **donación en vida**: Cuando la donación de órganos se trate entre personas que **no** tienen ninguna relación de **consanguinidad**, como el derecho al cuerpo tiene una tutela tan intensa, es necesario que la persona que lo va a hacer inicie ante un juzgado civil una **medida cautelar**, que es un proceso judicial en donde se está solicitando al juez la necesidad de que autorice el trasplante porque, en caso de que no se realice, se generará un daño grave e inminente. El interesado tendrá que presentar el protocolo médico, demostrar quién será el beneficiario, en qué circunstancias se da, qué enfermedad tiene, la necesidad imperiosa de que el juez apruebe la donación ante la posible muerte; y una vez que el juez lo habilite, se podrá presentar en el INCUCAI para proceder la donación.

Cuando se trate de un trasplante entre **parientes consanguíneos**, no es necesario mediar autorización de un juez que habilite la operación.

Respecto a los **extranjeros**, la **Ley 26.066** impuso un límite porque todo extranjero que necesite ablación de órganos no es simplemente irse a anotar al INCUCAI para recibirlo. Primeramente, deberá presentar un certificado médico otorgado por un médico de su país de origen que justifique por qué necesita el trasplante, qué problema médico o clínico posee que los justifica. A continuación, ese certificado médico tiene que ser aprobado por el Ministerio de Salud de su país y por el Ministerio de Salud de Argentina y finalmente, luego de ambas aprobaciones, podrá ingresar en la lista de espera para recibir un órgano en el INCUCAI.

Tutela del derecho a la integridad física

Por un lado, y desde el punto de vista **civil**, el ya mencionado **artículo 1746 del Código Civil y Comercial**. Y, desde lo **penal**, las ya habladas **lesiones leves** (Art. 89 Código Penal), **graves** (Art. 90 Código Penal) y **gravísimas** (Art. 80 Código Penal).

Situaciones particulares del derecho a la integridad física

Autolesión

Es contrario a las buenas costumbres según épocas actuales, que las personas se infieran heridas o hagan actos que disminuyan su integridad corporal. Sin embargo, la automutilación o la mutilación consentida desde el punto de vista del mutilado no es delito, pues no hay delito penal contra sí mismo debido al principio de personalidad de la pena.

Pero, esos actos no constituyen facultades permitidas y se podrían impedir, por acción de la autoridad pública o de los particulares en casos extremos. Ello inclusive si la automutilación se apoyara en motivos religiosos (también las flagelaciones, suplicios, etc.), pues tal conducta resulta antijurídica, dado que nadie puede disponer de su cuerpo para maltratarlo. Legalmente, esa negativa se apoya en la aplicación del art. 911 del Cód. Civil, ya que la autolesión es un hecho que va contra el deber prescripto por las leyes, al ser contraria a las buenas costumbres

Artículo 911 – Código de Vélez: *Nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.*

Intervención quirúrgica para el cambio de sexo

Anteriormente, estaban **prohibidas** las operaciones de cirugía tendiente a obtener un cambio de sexo, con la **excepción** que por situación particular se tienen rasgos de los dos sexos (**seudohermafroditismo**), y fuera necesario conseguir la instalación completa en uno de ellos (mujer o varón).

Actualmente, además del pseudohermafroditismo, existe la **Identidad de Género (Ley 26.743)**, que es cuando una persona tiene una autopercepción que no corresponde a su identidad genital. Esta ley permite que la persona que padece esto pueda, eventualmente, ejecutar una operación de cambio de sexo, con un previo tratamiento hormonal y, además, presentarse en el Registro de Capacidad y Estado de las Personas para su cambio de nombre individual acorde a su percepción.

Audio 4

Derecho a la libertad

El ordenamiento reconoce en la persona una esfera propia de autodeterminación que está de acuerdo con su naturaleza. Esa esfera se llama "derecho de libertad". Pero no deben considerarse las múltiples facultades de movimiento, locomoción o expresión del pensamiento, como actos genéricamente permitidos (caminar, fumar, hacer poesía, dar a conocer las ideas), sino atender a que el orden normativo, no permite los impedimentos para la realización u omisión de cualquiera de esas acciones que entran en la esfera de la libertad. La libertad se extiende, pues, a todo lo no prohibido como posibilidad de actuar, querer, pensar, no actuar, sentir, que el derecho protege indiscriminada y generalmente, a partir de los principios de la Constitución (art. 17 a 19 CN).

Base del derecho a la libertad se basa en el **Artículo 19:** (...) *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.* (Principio de reserva)

Tutela del derecho a la libertad

La protección del derecho a la libertad se encuentra regido en la **Constitución Nacional**

Artículo 14: *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

Entonces, el artículo 14 de la Constitución Nacional protege la libertad desde sus distintas formas. Más allá de eso, el 14 Bis regula la protección al trabajo. Y la libertad en términos genéricos está protegido por el artículo 19, más concretamente con el principio de reserva.

Por otra parte, el **Pacto de San José de Costa Rica** regula, su **artículo 7** el derecho a la libertad personal:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

La **libertad** está estrechamente vinculada a la **seguridad** que tiene que brindar el Estado, sin seguridad no hay libertad posible. El **Estado** tiene el deber ineludible de garantizar la **seguridad** de sus habitantes.

Además de las dos normativas mencionadas, una tercera protección al derecho de la libertad se encuentra en el **habeas corpus** (libertad ambulatoria):

Artículo 43: *Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.*

CLASE 9 – 23/04

Continuación Dchos Personalísimos; VI.- DERECHO AL HONOR E INTEGRIDAD MORAL: DCHO. A LA INTIMIDAD.-

Audio 1

Derecho sobre la integridad espiritual

Derecho al honor.

Derecho fundamental relacionado con la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Pertenece a la esfera privada de la persona y constituye un bien integrante de los derechos de la personalidad del individuo.

El honor puede dividirse en:

- a) **Honor subjetivo u honra** que viene a ser la propia estima; el respeto de la propia dignidad. Esta clase de honor corresponde a todos los seres humanos desde el principio de su existencia como

personas. Inclusive las personas de mala conducta o aborrecidas por la sociedad, tienen autoestima y no puede ofendérselas sin atacar su derecho personalísimo.

- b) **Honor objetivo** u honor propiamente dicho, que es la aureola o fama que una persona obtiene por la estima de los demás, en mérito de sus virtudes o talentos. Este honor depende del concepto que los otros se han formado de esa persona, de modo que puede pensarse en la ausencia de esa clase de honor cuando la persona no tiene ninguna trascendencia social. Aquellas que, en cambio, lograron edificar en torno de sí una elevada consideración, pueden ser vulneradas con actos que para ellos constituyan desmerecimiento.

En el derecho civil, los actos que por dolo o culpa signifiquen ofensas al honor (la injuria y la calumnia), en principio no pueden ser absuelto por la prueba de la llamada *exceptio veritatis*, o sea, la demostración de la verdad de la culpa atribuido o del defecto difundido. La sola injuria, que es un acto ofensivo directo (insulto, desprecio, golpe sin consecuencias en público, difusión de un defecto deshonroso), no puede ser disculpado aunque el ofensor demuestre que era cierto el acto, sea por merecido o por existir el defecto. Aquí no tiene ningún efecto la prueba de la verdad, porque de todos modos se ha herido el bien del honor y en el derecho penal tampoco se admite la excusa.

Cuando se utilice maliciosamente para la designación de personajes o cosas y cause perjuicio moral o material, puede demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños.

Como norma vigente que protege este derecho es el Pacto de San José de Costa Rica, contemplando en su artículo 11 la honra y la dignidad. Allí se distingue la "honra" (honor subjetivo) y la "reputación" (honor objetivo)

Además de la **injuria** y la **calumnia**, hay otros delitos que afectan el honor de la persona:

- **Violación:** el acceso carnal contra la voluntad de la persona o cuando ésta se encontrara impedida de repelerla
- **Estupro:** es tener un acceso carnal con una persona menor de trece años, que carecen del discernimiento suficiente para comprender el acto que está realizando
- **Rapto:** desde el punto de vista **civil**, es la privación de la libertad con fines sexuales

Frente a calumnias o injurias, el derecho otorga la posibilidad, al damnificado, por ese delito de calumnias, el **derecho a réplica** (*Ya mencionado en la página 36*).

Que exista el derecho a réplica no significa que una persona no sufra un daño moral por la calumnia que sufrió. Entonces, cuando una calumnia genera un daño, todo daño hace nacer la obligación de repararlo mediante una acción de daños y perjuicios. Sin embargo, la **acción por daños y perjuicios**, requiere que el agraviado esté con vida para iniciarla porque el daño moral sufrido sólo él puede probarlo cuánto lo padeció. Muerto el agraviado, no pueden terceros iniciar la acción.

La **ley contra la discriminación** tutela contra el honor y la intimidad

Ley 23592 – Artículo 1: *Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.*

Ley 24515 – Artículo 1: *Créase el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) como entidad descentralizada en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional.*

Artículo 4: *Corresponde al INADI:*

c) Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a la valorización del pluralismo social y cultural, y a la eliminación de actitudes discriminatorias, xenofóbicas o racistas; participando en la ejecución de esas campañas;

e) Recibir y centralizar denuncias sobre conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas y llevar un registro de ellas;

g) Brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito para personas o grupos discriminados o víctimas de xenofobia o racismo;

Además, el ataque al honor implica también que se afecte, no sólo el honor de la persona, sino también su **dignidad**, legislado por los **artículos 51 y 52** del Código Civil y Comercial (*Mencionado en la página 33*)

Otra forma de afeción del honor y la dignidad es mediante la práctica del **bullying**, en todas sus formas (psicológico, verbal, físico, ciber-bullying). Leer **Ley 26892**

Por otra parte, al hablar de derecho al honor y la integridad moral, está estrechamente vinculado con la **intimidad** de las personas, con los actos de la vida privada. La intimidad está comprendida y protegida en dos partes, tanto en el **derecho público** como en el **derecho privado**.

En el **derecho público** está tutelado en el **artículo 19**, primera parte, de la **Constitución Nacional**:

Artículo 19: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*

No es objeto del Estado los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que ese actuar íntimo no afecte los derechos de terceros.

En el **derecho privado** se encuentra tutelado por el **artículo 1770** del **Código Civil y Comercial**

Artículo 1770: *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. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.*

Jurisprudencia: “PONZETTI DE BALBIN INDALIA C/EDITORIAL ATLÁNTIDA S.A s/ Daños y Perjuicios (análisis Procesal)” y “CASO ARRIOLA”

Antes del análisis y tratamientos del fallo, previo análisis procesal de **cómo se lleva adelante un juicio** y las etapas que constan hasta el veredicto final

Antes de iniciar un juicio por daños y perjuicios (como los art. 1745, 1746, etc.), donde alguien reclama una suma de dinero para resarcir el daño producido en materia civil, primero se inicia el proceso en **instancia de mediación o conciliación**, esto es, si las partes logran llegar a un acuerdo sin necesidad de recurrir al juicio, es una etapa **extrajudicial**. Si las partes involucradas logran el acuerdo, establecen un monto por el cual se extingue el crédito, se celebra un **convenio** y **finaliza** el proceso. **En caso contrario**, el **mediador** deberá elaborar un **acta** dejando plasmado que las partes no lograron arribar a un acuerdo, entregársela al **requiriente** y así el demandante empezar el **juicio de primera instancia** en la justicia civil.

En esta **primera instancia** en la justicia civil, interviene **un solo juez**, ante el cual se desarrollará toda esta primera etapa, dónde se presentará la **demanda**, el **demandado** deberá **contestarla**.

Posteriormente, comienza una **audiencia conciliatoria**, donde el juez intentará nuevamente que las partes lleguen a un acuerdo ya que se trata de un acuerdo económico y, en caso de que no se llegue a un acuerdo, comienza otra etapa donde se **analizan las pruebas** de las partes, tanto demandante como demandado, que es cuando las partes tendrán que dar su opinión sobre esas pruebas presentadas de la otra parte, esta etapa se denomina **alegatos**.

Finalmente, el **juez** tendrá que **dictar sentencia** de primera instancia. Dictada la sentencia, se les comunicará la resolución a las partes y éstos tendrán **5 días** para **apelar**, es decir, manifestar su disconformismo por la sentencia.

Si **una** de las partes apela, el juez de la primera instancia tendrá que **eleva** el expediente a la **Cámara de apelaciones**. El expediente llega a la **mesa de entrada** que se encargará de **asignar** el caso a una de las **salas** de la Cámara. Cada **sala** de la Cámara consta de **tres jueces** que se encargarán de analizar.

Una vez que el expediente llegó a la sala asignada, la Cámara deberá notificar al que **apeló** en qué sala se encuentra el caso. Allí se presentará y hace la **expresión de agravio**, esto es, manifestar en qué no está de acuerdo con la sentencia de primera instancia. Manifestada la expresión, se le comunicará a la otra parte, la cual no tiene necesidad de responder, que se presentó tal recurso. Los tres jueces de la sala **analizarán** la expresión de agravio y si está correctamente presentada. A continuación, dictarán una **sentencia**, la cual es **inapelable**.

Si bien la sentencia de la Cámara de apelaciones es inapelable, si la parte que apeló en primera instancia sigue en disconformidad con la decisión de los tres jueces porque considera que se vulneran algunos de los **derechos** y **garantías** consagrados en la primera parte de la **Constitución Nacional**, puede presentarse en la sala en cuestión e interponer un **recurso extraordinario** el cual eleva el caso a la **Corte Suprema de Justicia**.

La sala, asimismo, determina si, ante el recurso extraordinario, **eleva** el caso o **rechaza** el recurso. Interpuesto. Si se da la segunda situación, la parte interesada puede interponer, además, un recurso oneroso (\$50.000) llamado **recurso de queja**, que tiene el mismo contenido que el recurso extraordinario, es decir, la manifestación de disconformidad de la sentencia dictada por los tres jueces y, ante el pago, **sí** o **sí** se tiene que elevar el caso a la Corte.

VER AMBOS FALLOS EN PDF DEL PROFESOR (CARPETA DRIVE)

Aclaración respecto del Derecho a la Intimidad y el Principio de Reserva Constitucional

Artículo 19: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El artículo 19 de la Constitución Nacional consta de **dos partes**:

La **primera parte** se llama **derecho a la intimidad** de las personas y es una **prohibición** a que el Estado se entrometa en la vida privada de cada ciudadano

Y la **segunda parte** consta del **principio de reserva constitucional**, es decir, en tanto no haya una norma que obliga a las personas a actuar de determinada manera o que prohíba ejecutar una conducta, se **es libre de actuar** al criterio de cada ciudadano, siempre y cuando no afecte a la moral y buena costumbre. Este principio es la **base** o el fundamento del **derecho a la libertad** (derecho personalísimo)

CLASE 10 – 30/04

Tutela al Derecho A la IDENTIDAD: HABEAS DATA (Régimen legal)

Explicación del caso Rodriguez, María Belén c/ Google y Yahoo s/ Daños y Perjuicios/VII.- DERECHO A LA IMAGEN, ART. 53, Ley 26.994/ VIII DERECHO A LA IDENTIDAD: Cifuentes/IX DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO, LEY 26.743

Audio 1

Explicación del caso Rodriguez, María Belén c/ Google y Yahoo s/ Daños y Perjuicios (VER EN PDF) respecto del Derecho a la Intimidad

Derecho a la Imagen

***Artículo 53:** 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:*

- a) Que la persona participe en actos públicos;*
- b) Que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;*
- c) Que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.*

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Elementos de derecho civil – Cifuentes

Derecho a la Imagen La imagen es la representación física de la persona. Así como el nombre es la individualización y por medio de su uso pueden lesionarse el honor y la intimidad, también los rasgos caracterizantes del cuerpo y de sus cualidades la individualizan, como si fuera una impronta o marbete, que la señala de modo muy significativo.

A) Independencia: Hay doctrinas que confunden la imagen con el honor o la intimidad, es decir que la consideran una parte de estos otros derechos personalísimos o que subordinan su protección a la necesidad de que alguno de ellos haya sido lesionado.

Acercas del honor, se corre el riesgo de considerar legítima toda captación de la imagen ajena y su publicidad cuando con ello no se infiere una ofensa a la reputación o respetabilidad propias. Esto restringiría completamente el derecho a la imagen y sería un modo de negar su existencia independiente. La **ley 11.723** (art. 31 y ss.), que se ocupa de la tutela de la imagen, lo hace con completa independencia, admitiendo el derecho sin que a la vez se lesione el honor.

Respecto de la intimidad, porque se considera que toda difusión de la imagen importa violar la vida privada, o sea que viene a ser para esta teoría un medio de ataque a la intimidad. Se ha considerado que, si bien en general, es verdad que la publicación de la imagen representa dar a conocer un aspecto de la vida reservada, en ciertas circunstancias ello no es así y en cambio, siempre está protegida la imagen como derecho autónomo.

B) Consentimientos e imágenes no protegidas:

Artículo 31: *El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.*

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público

Aunque el precepto se refiere sólo a la fotografía, particularmente por la época en que fue sancionado (año 1933), la interpretación debe ser amplia. Al establecer que no se la puede poner en comercio, significa que no se puede dar difusión pública. Es tal vez una noción demasiado restrictiva, pues parece más justo abarcar con la protección incluso la toma de la imagen sin consentimiento.

Asimismo, respecto al **consentimiento**, la ley exige que sea **expreso**. Esto ha sido criticado, pues en muchas oportunidades, ya sea por el silencio o por otros hechos, se ha dado consentimiento tácito, que sería suficiente para disculpar la captación de la imagen y hasta la difusión. Cuando se ha prestado consentimiento con un fin, no corresponde aprovecharlo para otro. En ese sentido, la jurisprudencia tutela la voluntad personal, para que no se desvíe el verdadero objetivo de la persona cuando da su conformidad para la publicación de la imagen.

No es necesario el consentimiento y, por tanto, las imágenes correspondientes no están protegidas, en los casos siguientes:

- Cuando ha muerto la persona y faltan los parientes que enuncia el art. 31 de la ley
- Si el retrato se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, porque hace prevalecer un fin social superior. Sin embargo, ello no puede servir de pretexto para deshonrar al no tomarse todas las precauciones, ni para ensayar una obra que nada produce de positivo para el arte y pretender su publicidad a ese título.
- Si se tratara de hechos o acontecimientos de interés público, como el *identikit* para perseguir a los delincuentes prófugos

- Cuando son hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público. Sin embargo, si la imagen ha sido sacada del contexto y aparece la persona netamente individualizada y sin relación con el acontecimiento público no habrá derecho a la difusión inconsulta.
- Las imágenes de personas célebres o famosas por su actividad -actores, deportistas, científicos, políticos-. En ese sentido hay un "interés público" de que se difundan, pero esas difusiones deben estar siempre relacionadas con la actividad propia del individuo, o sea, con clara referencia al motivo de su notoriedad.
- Después de transcurridos 20 años de la muerte de la persona, la publicación es libre (art. 35)

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad personal se sienta en la condición única, separada, distinta y singular. De ahí nace la idea de que los aspectos que la componen como su carácter, perfil físico, reacciones emocionales, trayectoria científica o deportiva, profesional, de ideales y los roles espirituales (religiosos, estéticos, intelectuales), conforman en conjunto un aspecto dinámico de la personalidad existencial, que es exclusiva, y tiene un valor y un interés protegibles. Esta peculiar identidad es un derecho personalísimo que sustenta la exigencia de respeto por parte de todos los demás.

Congresos: En nuestro país hubo **dos congresos** internacionales muy importantes acerca de los derechos personalísimos y en especial del derecho a la intimidad

- El primero lo constituyeron las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, en Junio de 1983, en donde se dispuso las recomendaciones
 - 11) "Suprimir en el art. 1071 bis.: a) La mención de la arbitrariedad; b) el requisito de que el hecho no sea un delito penal; c) la referencia a la equidad como criterio para fijar la indemnización."
 - 12) "La sola notoriedad no priva a la persona de intimidad, pero será legítima la intromisión que responda a un interés público prevaleciente"
 - 13) "Regular específicamente el uso de la informática de modo que no pueda lesionar los derechos personalísimos."
- El segundo fueron las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, en noviembre de 1983. En este congreso se consideraron y aprobaron todos los principios explicados a lo largo del texto de Cifuentes.

Ley 25.326 – Protección de los datos personales

Artículo 1°: La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

Artículo 43 de la Constitución Nacional – Habeas data

Artículo 43, tercer párrafo: *Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*

Audio 2

Ley 26.743 de Identidad de Género

Para hablar de identidad de género de la persona, hay que partir de cómo está configurado biológicamente el sexo de cada individuo. El sexo está compuesto por **varios componentes**:

- **Genético:** En este sistema, el sexo de un individuo está determinado por un par de cromosomas sexuales (gonosomas). Los machos son heterogaméticos (XY), mientras que las hembras son homogaméticas (XX)
- **Gonádico:** El sexo gonádico está basado en las características histológicas de las gónadas: el varón posee tejido testicular, la mujer posee tejido ovárico. Las gónadas producen células germinales aptas para la reproducción: los espermatozoides para el varón y los óvulos para la mujer.
- **Morfológico o genital externo:** Determinación del sexo media la verificación visual. Si al nacimiento del individuo se observa pene será varón y si se observa vagina será mujer y tal situación se plasmará en la inscripción registral con el nombre.
- **Anatómica:** El sexo anatómico se refiere a las características externas, genitales, ya sea la tonalidad de la voz, al vello corporal que puede tener uno u otro.
- **Psicosocial:** Es el resultado de las vivencias y sentimientos arraigados en la psiquis de la persona, ya sea sus vivencias, el desarrollo con los miembros de la sociedad, con la familia, pares para que la persona tenga una determinada identidad sexual marcada. Puede suceder que no coincida el componente genital con la percepción de la persona respecto a su sexo (disforia de género)

Artículo 1: *Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:*

a) Al reconocimiento de su identidad de género;

b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Artículo 2: *Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

Artículo 3: *Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.*

Artículo 4: *Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:*

1. *Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.*

2. *Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.*

3. *Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.*

En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Artículo 5: *Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.*

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Artículo 6: *Trámite. Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma.*

Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado.

Artículo 7: *Efectos. Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.*

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

Artículo 8: La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial.

Artículo 9: Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada.

No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248.

Artículo 11: Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

Artículo 12: Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

Clase 11

DERECHOS SUBJETIVOS PATRIMONIALES: A) DERECHOS PERSONALES, OBLIGACIONES O también llamados DCHOS. CREDITORIOS / B) OBLIGACIONES PROPTER REM / C) DERECHOS REALES / D) DERECHO DE AUTOR (faceta Patrimonial de los Derechos Intelectuales)

Audio 1

Derechos personales, Obligaciones o Derechos Creditorios

Artículo 724: *Definición. La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.*

Siempre tiene que existir un **interés lícito**, el acreedor no le puede exigir al deudor ejecutar un acto ilícito o enriquecerse ilícitamente. Siempre el interés que tiene que perseguir el acreedor es el cumplir fielmente con el crédito pactado, pero no enriquecerse sin causa a costa del deudor.

Si el deudor no cumple con la obligación, se podrá **forzar** a la satisfacción de dicho interés, **¿cómo?**: el deudor podrá embargar sus bienes y después irán a subasta y remate; del líquido del producto de la venta de estos bienes se cancela el crédito.

El acreedor va a intentar conseguir que el deudor cumpla con la prestación, pero, si no la cumple, la justicia le da los medios para que éste logre cancelar el crédito pendiente.

Los **3 elementos** que componen una **obligación** son: **sujeto activo** (o acreedor), **sujeto pasivo** (o deudor) y **prestación** (conducta a la que se ve obligada lícitamente a cumplir el sujeto pasivo a favor del sujeto pasivo, en función de lo que haya pasado).

El **origen** de la **obligación** puede ser **contractual** cuando ambas partes firman un documento con determinadas cláusulas que se obligan a cumplir, **extracontractual** cuando la obligación nace como consecuencia de un daño provocado de una persona a otra y, a veces, hay **créditos legales** como se da en el caso de la propiedad horizontal (**obligaciones propter rem**) donde la obligación es impuesta por la ley (pagar expensar está determinado por ley y no por la voluntad de las partes)

La **prestación** es el objeto de las obligaciones. La prestación es la **conducta** que el sujeto pasivo debe ejecutar a favor del activo. Existen **tres tipos** de obligaciones: de dar, de hacer, de no hacer.

Obligaciones Propter Rem

Entre los derechos reales y personales se ha descrito situaciones jurídicas intermedias de dudosa naturaleza, denominadas "obligaciones *propter rem*".

Se trata de obligaciones que corresponden a quien detenta una relación de señorío sobre una cosa, que nacen, se transmiten y se extinguen con dicha relación de señorío.

En otros términos, se trata de obligaciones que ofrecen características especiales en cuanto a su nacimiento, desplazamiento y extinción, ya que siguen análogas vicisitudes a la titularidad real o posesoria de la cosa, sin que intervenga para nada la voluntad de partes, pues todo ocurre por ministerio de ley.

Si se transmite la cosa, la obligación sigue a dicha cosa pesando sobre el nuevo propietario y liberándose del anterior titular. Por ello, también se las denomina obligaciones cabalgantes, ambulatorias o reales. Así, es inseparable la calidad del deudor de la condición de propietario de la cosa en razón de la cual ha

surgido la obligación. Y la persona del deudor no se determina sino en el momento que la obligación se hace valer.

Características:

- Corresponden al titular de una relación de señoría sobre una cosa, por su carácter de tal: como se consignara ya, ante la enajenación, la obligación sigue a la cosa, gravando al nuevo titular y liberando al anterior propietario.
- El titular de la relación de señorío puede liberarse de la obligación con el abandono de la cosa. El deudor de una obligación *propter rem* responde con todo su patrimonio, pero puede liberarse de su deuda haciendo abandono de la cosa.

Ejemplos de obligaciones *propter rem*:

La doctrina y jurisprudencia han reconocido ejemplos de obligaciones ambulatoria en los siguientes casos:

- Derecho del tenedor de un título al portador de exigir al deudor el pago de su importe
- Obligaciones de abonar impuestos inmobiliarios
- Obligación del dueño de una cosa perdida a recompensar al hallador y pagar gastos hechos en aquella
- Obligaciones del propietario a mantener las plantaciones linderas a tres metros del muro medianero y de cortar las ramas que pasan el límite de la propiedad
- Obligación de cuidar y conservar la cosa preñada, a cargo del acreedor prendario

Medios de extinción de las obligaciones

Pago

Artículo 865: *Definición. Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.*

Si la **prestación** es de **dar**, el pago consiste en:

- La entrega de cosas ciertas para constituir derechos reales (arts. 746 y 750)
- La entrega de cosas ciertas para transferir su uso o tenencia (art. 749)
- La restitución de la cosa al dueño (art. 759)
- La entrega de una cosa determinada por su especie y cantidad (art. 762)
- La transmisión de un bien que no es cosa (art. 764)
- La entrega de la suma de dinero en la especie de moneda designada (art. 766)

Si la prestación es de **hacer**, el pago consiste en:

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

- La prestación de un servicio o realización de una actividad (art. 774)
- La realización de un hecho (art. 775)

Si la prestación es de **no hacer**, el pago consiste en:

- La abstención del deudor (art. 778)
- La tolerancia de la actividad ajena (art. 778)

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

Novación

Artículo 993: *Definición. La novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla.*

Artículo 934: *Voluntad de novar. La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción.*

Artículo 936: *Novación por cambio de deudor. La novación por cambio de deudor requiere el consentimiento del acreedor.*

Artículo 937: *Novación por cambio de acreedor. La novación por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor. Si este consentimiento no es prestado, hay cesión de crédito.*

Artículo 939: *Circunstancias de la nueva obligación. No hay novación y subsiste la obligación anterior, si la nueva:*

- a) está afectada de nulidad absoluta, o de nulidad relativa y no se la confirma ulteriormente;*
- b) está sujeta a condición suspensiva, y el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva y el hecho condicionante se cumple.*

Artículo 940: *Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio.*

Compensación

Artículo 921: *Definición. La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables.*

Artículo 922: *Especies. La compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial.*

Artículo 923: *Requisitos de la compensación legal. Para que haya compensación legal:*

- a) Ambas partes deben ser deudoras de prestaciones de dar;*
- b) Los objetos comprendidos en las prestaciones deben ser homogéneos entre sí;*
- c) Los créditos deben ser exigibles y disponibles libremente, sin que resulte afectado el derecho de terceros.*

Artículo 924: *Efectos. Una vez opuesta, la compensación legal produce sus efectos a partir del momento en que ambas deudas recíprocas coexisten en condiciones de ser compensadas, aunque el crédito no sea líquido o sea impugnado por el deudor.*

Artículo 926: *Pluralidad de deudas del mismo deudor. Si el deudor tiene varias deudas compensables con el mismo acreedor, se aplican las reglas de la imputación del pago.*

Artículo 927: *Compensación facultativa. La compensación facultativa actúa por la voluntad de una sola de las partes cuando ella renuncia a un requisito faltante para la compensación legal que juega a favor suyo. Produce sus efectos desde el momento en que es comunicada a la otra parte.*

Artículo 928: *Compensación judicial. Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir a un juez la declaración de la compensación que se ha producido. La pretensión puede ser deducida simultáneamente con las defensas relativas al crédito de la otra parte o, subsidiariamente, para el caso de que esas defensas no prosperen.*

Transacción

Artículo 1641: *Concepto. La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.*

Artículo 1642: *Caracteres y efectos. La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva.*

Artículo 1643: *Forma. La transacción debe hacerse por escrito. Si recae sobre derechos litigiosos sólo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de ella.*

Artículo 1644: *Prohibiciones. No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.*

Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

Artículo 1645: *Nulidad de la obligación transada. Si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si es de nulidad relativa, las partes conocen el vicio, y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida.*

Renuncia de los derechos del acreedor (*Libro Segundo De los Derechos Personales en las relaciones civiles; Sección Primera - Parte Segunda Extinción de las obligaciones: Título XXI De la renuncia de los derechos del acreedor*)

Artículo 868: *Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida.*

Artículo 869: *Cuando la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera a la capacidad del que la hace y la de aquel a cuyo favor es hecha, se determinan según las reglas relativas a los contratos por título oneroso.*

Artículo 873: *La renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior. Puede tener lugar aun tácitamente, a excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa.*

Artículo 874: *La intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva.*

Artículo 875: *La renuncia puede ser retractada mientras que no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace, salvo los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractación.*

Remisión de la deuda

Artículo 950: *Remisión. Se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda. Si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en poder del deudor sin anotación del pago o remisión, y tampoco consta el pago o la remisión en el documento original, el deudor debe probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda.*

Artículo 951: *Normas aplicables. Las disposiciones sobre la renuncia se aplican a la remisión de la deuda hecha por el acreedor.*

Artículo 952: *Efectos. La remisión de la deuda produce los efectos del pago. Sin embargo, la remisión en favor del fiador no aprovecha al deudor. La hecha a favor de uno de varios fiadores no aprovecha a los demás.*

Artículo 953: *Pago parcial del fiador. El fiador que pagó una parte de la deuda antes de la remisión hecha al deudor, no puede repetir el pago contra el acreedor.*

Artículo 954: *Entrega de la cosa dada en prenda. La restitución al deudor de la cosa dada en prenda causa sólo la remisión de la prenda, pero no la remisión de la deuda.*

Prescripción liberatoria

La prescripción liberatoria es la pérdida de la acción judicial que tutela un derecho, por causa del transcurso del tiempo fijado por la ley frente a la inactividad del dueño del derecho.

Confusión

La confusión de los derechos de acreedor y deudor se produce cuando la misma persona reúne los conceptos acreedor y deudor, situación en la que automáticamente queda extinguida la obligación, pues nadie puede ser acreedor de sí mismo.

Artículo 931: *Definición. La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio.*

Artículo 932: *Efectos. La obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.*

Habrà confusión cuando una misma persona en una relación jurídica reúna la calidad de acreedor y deudor al mismo tiempo. *Ejemplo:* los padres no pueden comprarles a sus hijos, mientras sean menor edad, los bienes que éstos han recibido por donaciones o legados, ya que, si sus hijos tienen menos de 18 años, ellos (sus padres) son los representantes de sus hijos ergo, si adquiriesen los bienes de éstos, actuarían como compradores y vendedores al mismo tiempo toda vez que representan a sus hijos en los actos patrimoniales, consecuentemente se extinguiría toda obligación que nazca de dicho acto jurídico por confusión.

Características de los Derechos Personales

Ver páginas 23 y 24 del resumen: comparación con los derechos reales.

Audio 2

Derechos reales

Ver conceptos, enumeración y características en páginas 23, 24, 28 y 29

Audio 3

Definición de cada derecho real

Dominio

Artículo 1941: *Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.*

Artículo 1942 *Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.*

Artículo 1943: *Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.*

Condominio

Artículo 1983: *Condominio. Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción.*

Propiedad horizontal

Artículo 2037: *Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.*

Artículo 2039: *Unidad funcional. El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.*

La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.

La **prehorizontalidad** es la compra de un edificio con anterioridad a su construcción:

Artículo 2070: *Contratos anteriores a la constitución de la propiedad horizontal.*

Conjuntos inmobiliarios

Artículo 2073: *Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.*

Cementerios privados

Artículo 2103: *Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos.*

Superficie

En el Código de Vélez estaba con el nombre de **superficie forestal** pero no en el texto original, sino que fue incorporado *a posteriori* por la ley 25.509. Esta ley sólo se refería a aquellos casos en los que el terreno era apto para la silvicultura o forestación. Actualmente sólo es **superficie** ya que no es sólo para estos dos supuestos.

Artículo 2114: *Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.*

Artículo 2114: *Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.*

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

El **superficiario** (quien puede gozar de este derecho de explotar de la superficie) tiene la posibilidad de pedir un derecho real de **hipotecario**. En caso de no pagar el crédito, se ejecutará sobre las máquinas, lo plantado, sobre el vuelo de superficie.

Usufructo

Artículo 2129: *Concepto. Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.*

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

Artículo 2130: *Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:*

- a) *Una cosa no fungible;*
- b) *Un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé;*
- c) *Una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales;*
- d) *El todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.*

Uso

Artículo 2154: *Concepto. El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce se entiende que se constituye un usufructo.*

El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana.

Habitación

Artículo 2158: *Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.*

El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

Servidumbre

ARTICULO 2162: *Definición. La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.*

Hipoteca

Artículo 2205: *Concepto. La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.*

Prenda

Artículo 2220: *Prenda con registro. Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.*

Anticresis

Artículo 2212: *Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.*

Ejemplo: Le pido plata al banco, esta entidad me exige que, además de devolver la plata prestada, también pague los intereses del préstamo. Si el banco lo permite y autoriza, la anticresis surge permitiéndole al deudor que le entregue un inmueble para su explotación y con lo obtenido de él se irán cancelando los intereses.

Clase 12

Teoría de abuso de derecho

Audio 1

Los derechos subjetivos siempre tienen que ser ejercidos **relativa o razonadamente**.

Se denomina **abuso del derecho** a la situación que se produce cuando el titular actúa de modo tal que su conducta concuerda con la que concede la facultad (los derechos subjetivos), pero su **ejercicio** resulta contrario a los fines del ordenamiento jurídico y excede los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.

Esta teoría tuvo su origen en el Derecho Romano, a través de un principio general del derecho, que era **summum ius summa iniuria**: el exceso de derecho (que puede ejercer una persona) provoca la mayor falta de derecho (en la otra persona).

Los derechos subjetivos, en sus cinco vertientes (Patrimoniales, extrapatrimoniales y los derechos intelectuales) siempre implican un señorío (poder) de una persona para exigirle alguien a otra y, en esto de exigir, **¿cómo y qué exigirle al otro y hacer valer la prerrogativa?**

Cuando una persona ejerce cualquiera de los derechos subjetivos, tiene que hacerlo teniendo en cuenta el **fin que tuvo la ley en miras al otorgárselo**.

*Ejemplo: Si una persona tiene un hijo, ¿por qué la ley contempla la patria potestad? Para asistirlo, cuidarlo en su salud física y psíquica, alimentarlo, recreación, etc. No se tiene la patria potestad, aprovechándose de esa prerrogativa sobre el menor, para la explotación económica; esto incurriría en un ejercicio **abusivo o absoluto**.*

La **problemática** de esta **teoría** está relacionada con la **denominación jurídica**.

Entre los que se destaca Planiol, tenían la postura de que no correspondía hablar de teoría de **abuso** de derecho, sino de teoría de **falta** de derecho. Señala incisivamente que en la denominación de la teoría se contiene una verdadera logomaquia, porque si hay "abuso", no hay "derecho"; afirma entonces que existe una contradicción ínsita en los dos 2 términos que integran la denominación que se da a la teoría. Para otros autores doctrinarios sí corresponde la palabra **abuso** en la teoría.

A principios del siglo XX, ocurre un caso muy particular. Una de las primeras formas de navegación aeronáutica eran los dirigibles. En Francia, estos transportes tenían un lugar específico de ascenso y descenso que lindaba con el terreno de un particular; este terreno estaba cercado por vallas altas y filosas. Como consecuencia de la altura de las vallas, cada vez que los dirigibles ascendían o descendían se pinchaban, generando turbulencia y daños graves. A raíz de esto, las empresas llevan adelante un juicio por daños y perjuicios al titular de dominio del terreno, justificando que estaba ejerciendo un derecho real de dominio absoluto, de manera abusiva. La justicia francesa comprende el caso y entiende que existen situaciones que el particular, cuando ejecuta una prerrogativa o facultad, puede excederse y provocar un daño.

A partir de ese momento, la teoría del abuso del derecho logra la recepción mundial y empieza a aparecer en manuales y en las legislaciones de los distintos países.

¿Cuándo se producen abusos de derecho?

Dos son principalmente las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar **subjetivos** que consideran que el

acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo **objetivo**, atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines.

Teoría subjetiva

- **Intencionalidad:** Hay quienes entienden que el ejercicio es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se trata, pues, de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero. Se reprocha a este sistema, que finca el abuso en la existencia de "dolo", la dificultad que existe en probar la intención de perjudicar.
- **Negligencia:** Un segundo sistema requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposo; no se exige ya la prueba de la "intención" de perjudicar, sino que basta la conducta negligente. Entre los autores destacan que el acto puede ser abusivo aunque en el titular no haya existido *animus nocendi*, y que la culpa puede consistir en "haber ejercitado su derecho de manera perjudicial para tercero, sin interés apreciable para sí mismo".
- **Falta de interés legítimo:** El derecho subjetivo se ejerce, por parte del titular, sin la intención de satisfacer el interés amparado en la norma jurídica; donde el derecho subjetivo: "...es un poder o facultad de la voluntad para satisfacer un interés que se halla jurídicamente protegido por el derecho positivo"

Tanto el sistema del dolo como el sistema de la culpa presentan el inconveniente de que asimilan el acto abusivo al acto ilícito, lo que lleva a los detractores de la teoría a afirmar que no es necesario consagrarle ninguna norma especial, pues resaltaría suficiente con los preceptos que prohíben el actuar ilícito de los sujetos, que perjudica a terceros, e imponen en tal caso el deber de reparar el daño.

Teoría objetiva

- Se plantea que cada derecho tiene un fin económico-social propio. Quien obre fuera de este límite, estará abusando de su derecho. Es decir, atiende al resultado. Contrasta, entonces, la realidad, con los fines establecidos en cada norma jurídica. Si la conducta desplegada por el titular de un derecho subjetivo se enmarca dentro del fin económico-social que tiene la norma, se obra legítimamente en el ejercicio de un derecho; de lo contrario, se estima que se ha ejercido abusivamente.
- Otra teoría objetiva sostiene que habrá abuso de derecho cuando el que ejecute su facultad o prerrogativa vaya en contra del fin por el cual la ley le otorgó a esa persona esa prerrogativa. Esta teoría es más amplia que la anterior ya que no especifica el fin social, económico o cualquiera sea la finalidad que la ley le otorgó a esa persona.
- Cuando una persona ejecuta su facultad o prerrogativa, al hacerlo, afecta la buena fe, la moral y las buenas costumbres de la sociedad.

Régimen jurídico del abuso del derecho en Argentina

En la legislación de nuestro país, el régimen del abuso de derecho comienza con el artículo 1.071 del Código de Vélez Sarfield de 1869, a saber: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.", esto quiere decir que quien ejerce un derecho subjetivo nunca puede cometer un acto ilícito (y por consiguiente un daño).

Vélez coincidía con la corriente de pensamiento clásica, entre ellos Planiol, según el cual, si hay abuso, no hay derecho; esto es, no se acepta la posibilidad que un particular, ejerciendo una prerrogativa propia, al hacerlo, provoque un daño.

Casi un siglo después, en 1968, la ley 17.711 modifica el texto del artículo 1.071 del Código de Vélez, quedando de la siguiente manera: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”. El primer párrafo coincide en su mayoría con el original de Vélez, salvo una palabra. Al incorporarse la palabra “regular”, toda vez que un particular ejerza su prerrogativa razonadamente, nunca podrá producir un daño. Es decir, la diferencia entre el artículo 1.071 del Código de Vélez y el modificado por la ley 17.711 es que el primero aseguraba que nunca un particular, al ejercer su prerrogativa, puede ejercer un daño, y el segundo que un particular no va generar un daño cuando ejerza su prerrogativa siempre y cuando sea de manera razonada. Además de la mencionada modificación al artículo en cuestión, la ley incorpora un segundo párrafo estableciendo el abuso del derecho: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.”, esto quiere decir que si una persona ejerce un derecho de manera regular, no hay abuso; si hay alguien que se excede en el ejercicio, la ley no lo ampara. Por último, con el párrafo “Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, le ley 17.711 incorpora el criterio de abuso de derecho y se verificará el mismo cuando el ejercicio de la prerrogativa vaya en contra de los fines por los cuales la ley le otorgó la misma o afecte la moral y buenas costumbres. Con este análisis, se llega a la conclusión que la ley 17.711 recepciona la idea de la teoría objetiva respecto al ejercicio del abuso de derecho, esto es, aquella que atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines. Como aclaración, cabe lugar a una breve explicación de los principales puntos de la teoría objetiva respecto al abuso de derecho: Por un lado, se plantea que cada derecho tiene un fin económico-social propio. Quien obre fuera de este límite, estará abusando de su derecho. Es decir, atiende al resultado. Contrasta, entonces, la realidad, con los fines establecidos en cada norma jurídica. Si la conducta desplegada por el titular de un derecho subjetivo se enmarca dentro del fin económico-social que tiene la norma, se obra legítimamente en el ejercicio de un derecho; de lo contrario, se estima que se ha ejercido abusivamente. Por otro lado, se sostiene que habrá abuso de derecho cuando el que ejecute su facultad o prerrogativa vaya en contra del fin por el cual la ley le otorgó a esa persona esa prerrogativa. Esta teoría es más amplia que la anterior ya que no especifica el fin social, económico o cualquiera sea la finalidad que la ley le otorgó a esa persona. Y, por último, cuando una persona ejecuta su facultad o prerrogativa, al hacerlo, afecta la buena fe, la moral y las buenas costumbres de la sociedad. En el 2015, entrado en vigencia ese mismo año el Código Civil y Comercial de la Nación con ley 26.994, el artículo 10 del texto explica el abuso del derecho y lo hace copiando textualmente el artículo 1.071 del Código de Vélez Sarfield modificado por la Ley 17.711. Además, agrega un párrafo in fine al mismo, diciendo: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”; en otras palabras, si el juez verifica que, en el ejercicio de una prerrogativa por parte de un particular afecta la moral y buenas costumbres, y además provoca un daño, tendrá que ordenar que se le repare el daño al damnificado. Este párrafo mencionado ya se encontraba vigente en la jurisprudencia, el Código Civil y Comercial lo incorporó a su texto. Cabe como aclaración, y ya hablando de la Constitución Nacional, que en 1949 se produce una reforma de su texto y se incorpora el régimen del abuso del derecho en el artículo 35. Sin embargo, en 1956 es derogada la modificación y, por consiguiente, el régimen del abuso.

Clases 13

FUENTES DEL DERECHO (Llambias, Tomo I, capítulo I)

A.A., Leonardo

Página |

63

La palabra **fuer**te indica en su primera acepción el **manantial** de donde surge o brota el agua de la tierra. Pero en nuestra ciencia se usa la voz en un sentido figurado para designar el origen de donde proviene eso que llamamos **derecho**. Por fuente se entiende a los **medios de expresión** del derecho. En efecto, si el derecho es un **orden social justo** cuyo núcleo expansivo es el **derecho natural**, y si el **derecho positivo** es la interpretación del derecho natural influida por las condiciones del medio social, las posibilidades de la coacción y la preocupación de consolidar el orden establecido, es necesario conocer los **medios por los cuales se expresa** o **cómo** se constituye este derecho positivo: tal es la **teoría de las fuentes del derecho**.

Partiendo desde el comienzo, **¿cuáles eran las fuentes del derecho en Roma?**

Existían dos tipos de fuentes de derecho: **fuentes escritas**, entre ellos:

- La **ley** (*lex*): La ley es una declaración de potestad autorizada por el pueblo, que vincula a todos los ciudadanos. Los juristas se reunían para aprobar la ley propuesta o dictada por el magistrado.
- Los **plebiscitos**: Se trata de la deliberación de la plebe en su asamblea. Al principio es un mandato de la plebe para la plebe, pero tras la *Lex Hortensia* (287 a.C.), se equipara a la ley, obligando también a los patricios. A partir de entonces ley y plebiscito no se diferencian. Con la aparición de la *Lex Hortensia* se estableció que los plebiscitos obligaban a la totalidad del *populus*, asimilándolos, de esta manera a las leyes.
- **Constituciones imperiales**: Son aquellas decisiones que el emperador romano establecía por decreto, por edicto o por epístola. Jamás se ha dudado que tenga fuerza de ley, ya que el mismo emperador recibe el poder en virtud de una ley.
- Los **Senadoconsultos**: Senadoconsulto es lo que el senado autoriza y establece, y tiene fuerza de ley, pero no es cualquier resolución del Senado, sino aquella en que es interrogado por el emperador sobre alguna cuestión jurídica.
- El magistrado tiene derecho a dictar edictos relativos a las cuestiones de su competencia. El *ius edicendi*, es la facultad que tiene todo magistrado de dirigirse al pueblo, de palabra o por escrito. Esta facultad se expresa en el edicto, que es un programa de actuación. De los magistrados con facultad de dictar edictos, el de mayor interés fue el pretor, por su intervención en la etapa *in iure* del procedimiento, y bastante menor el de los ediles curules. El pretor, los ediles curules y, en las provincias, los gobernadores y cuestores, fijan en el edicto las normas a las que se han de atener en el ejercicio de su función (actualmente **jurisprudencia** que emana del poder judicial)

Las fuentes **no escritas** son aquellas que no son imprescindibles para la creación de un ordenamiento jurídico, las cuales no se encuentran plasmada en ninguna norma jurídica. Y entre ellas tenemos la **costumbre**. Ésta nace de los hechos y procesos sociales que concurren en el nacimiento del derecho y con el tiempo se van haciendo ley.

En la actualidad, cada Estado asigna una mayor relevancia a las distintas fuentes que los romanos comenzaron a desarrollar para regir la conducta de los ciudadanos en la sociedad. Si bien, en un país se aplican todas las fuentes del derecho, al momento de resolver un caso, los jueces priorizan una fuente u otra según consideren que posee mayor eficacia para resolver los conflictos entre las personas.

En **Argentina**, la fuente del derecho por excelencia es la **ley**. En el **sistema anglosajón**, como Estados Unidos o Inglaterra, se rigen por la **jurisprudencia**, es decir, para resolver un caso se fundan en casos anteriores similares.

En la evolución de las fuentes de derecho

Durante el siglo pasado, apareció una escuela llamada “**de la Exégesis**”, que postula que la única fuente del derecho que se admite es la ley: el Derecho era la ley. Sólo ante lagunas de la ley llegó a aceptarse la posibilidad de acudir subsidiariamente a otras fuentes, mencionándose a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

Gény, un célebre jurista francés de principios del siglo XX, revolucionó esta materia con su libro “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”. Este autor distingue las fuentes **formales** de las fuentes **científicas**.

- Las **fuentes formales** son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete, con virtualidad bastante para regir su juicio. Estas fuentes obran por su autoridad, siempre son hechos que surgen de órganos del Estado y consecuentemente son obligatorios. Tales son la **ley**, la **costumbre**, la **tradición** y la **autoridad**.

Las **fuentes formales** en la época de Gény (1925) eran: la **ley**, la **jurisprudencia** (que es el grupo de sentencias que trata un mismo tema jurídico), la **doctrina** (la opinión de juristas sobre temas de derecho) y la **costumbre**.

- Las **fuentes científicas**, que luego habrán de llamarse también **materiales**, porque las provee la propia materia u objeto material del derecho que es la **conducta** del hombre, provienen de la libre investigación científica del intérprete. Agotadas las fuentes formales y como siempre subsiste la necesidad de regular las acciones del hombre en sociedad, es menester, descubrir la regla adecuada, lo que se obtiene por la **libre investigación científica**. **Libre** porque el intérprete no obedece a la directiva de una autoridad exterior, y **científica** porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar, que son suministrados por la propia naturaleza de las cosas. Esta labor tiene **dos momentos**: el primero una **interrogación** a la razón y a su conciencia que hace el intérprete para descubrir en la naturaleza de su ser las bases mismas de la justicia; el segundo la **consulta** a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que aquellos requieren, esto es, la naturaleza de las cosas positivas.

Las **fuentes materiales** o **científicas** en la época de Gény eran: la **equidad**, los **principios generales del derecho** y el **derecho comparado**.

Mientras las fuentes formales arguyen por su autoridad, las fuentes materiales gravitan por la persuasión que de ellos emana

A partir de **mediados del siglo XX**, Llambías utiliza esta clasificación de fuentes formales y materiales, pero cambia su contenido. Determina, en primer lugar, que la **doctrina** dejará de ser una **fuerza formal** y pasará a ser una fuente **material** que ayuda al intérprete en su momento, pero no se puede aplicar en forma obligatoria, hay que aplicar la ley, no lo que dicen los autores sobre la ley.

Por otro lado, la **jurisprudencia**, Llambías la divide en dos: la **jurisprudencia plenaria** producto del sistema de fallo plenarios; esta es la sentencia que se dicta cuando se unen todas salas de una misma Cámara de Apelaciones y dictan una misma sentencia. Y la **jurisprudencia no plenaria**, que es la jurisprudencia simple que dicta un sola Cámara compuesta por los tres jueces.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia en el año **2015**, en su **artículo 1** de **fuentes y aplicación** explica cuáles son las formales actuales en el derecho civil argentino.

Artículo 1: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Con este artículo se está reconociendo a la **ley** como la **principal** fuente del derecho, la Constitución Nacional es la ley fundante. Y en cuanto a los tratados que hace referencia no son más que leyes aprobadas por el Congreso luego de todo el proceso de sanción de leyes que entran en vigencia en el país. También se reconoce como fuente del derecho a los **usos y costumbres**.

Si bien este artículo entró en vigencia en 2015, existía desde el **2013** la **ley 28.853**, que deroga el **principio o recurso de inaplicabilidad de la ley**. Este recurso lleva a que un particular, cuando no está de acuerdo con la sentencia de una Cámara, invoque este recurso para que se junten todas las salas de la Cámara y dicten una sentencia plenaria. Esta ley niega que la jurisprudencia plenaria, la cual surge de todos los miembros de la Cámara, constituya una fuente formal y se pueda aplicar para resolver un caso.

En **enero** de **2019**, la **ley 27.500** vuelve a reflotar los fallos plenarios. Es decir, el **artículo 1** reconoce como fuentes formales del derecho a la **ley**, la **Constitución Nacional**, los **Tratados Internacionales de Derechos Humanos**, la **costumbre** y, además, la **jurisprudencia plenaria**.

CLASE 14

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (Llambias, Tomo I, capítulo II); más los sistemas de la Codificación del Derecho Positivo VS. El sistema del COMMON LAW, Anglosajón (Llambias, Tomo I, capítulo III).

La interpretación del Derecho

Establecida la norma jurídica incumbe a todos los habitantes y en particular a los funcionarios públicos y jueces la obligación de aplicarla. Pero la aplicación de la norma exige su previa interpretación para determinar si el caso concreto que se examina debe incluirse o no en aquélla. Esta tarea es la función más alta del juez y la más ardua por las dificultades graves que se presentan al establecer el alcance del precepto jurídico, sobre todo cuando resulta oscuro o ambiguo.

Interpretar es buscar el **sentido** y **valor** de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia. Pero no sólo de la norma legal, cuando ésta es oscura e incierta, sino también de la norma legal clara y de la norma **consuetudinaria**. Se contempla, también, la interpretación la norma proveniente de la jurisprudencia, de la doctrina y la equidad.

Especies de interpretación

Teniendo en cuenta el órgano que efectúa la interpretación se distinguen **tres especies**:

- La **interpretación legislativa** efectuada por el mismo legislador al definir cuál es el alcance y sentido de una norma precedente.

Presenta la particularidad de que esta clase de interpretación es obligatoria para el intérprete, como la ley misma, porque no se apoya en la fuerza de convicción que pueda emanar de la particular inteligencia de la norma interpretativa, sino en la autoridad del legislador para regir la

actividad del intérprete.

La interpretación legislativa es aquella que realizan los legisladores, a la par de la sanción de la ley, aclarando qué alcance y cómo se aplica la misma.

- La **interpretación judicial** es la que realizan "los tribunales de justicia al aplicar las leyes. A diferencia de la anterior sólo resulta obligatoria para las partes del juicio, salvo que se trate de sentencias plenarias. Pero para las demás personas también ejerce influencia por esa tendencia de los tribunales a seguir los precedentes.
- La **interpretación doctrinaria** es la que emana de los autores de obras jurídicas. Carece de obligatoriedad formal, pero ejerce gran influencia, porque el acabado conocimiento de las normas jurídicas llega a quienes han de hacer la aplicación de las leyes por intermedio de la doctrina de los autores. Por ello, si bien es cierto que la ley es lo que los jueces dicen que es, los jueces no suelen decir sino lo que los doctrinarios del derecho han dicho primero.

Entre la interpretación de los **jueces** y la de los **autores de derecho** suele haber una diferencia de **sensibilidad**. La de los **jueces** que se elabora a propósito de los casos particulares que la vida brinda, puede caer en el empirismo, o sea en el olvido de los principios rectores de la convivencia social. La interpretación de los **juristas**, que se elabora en función de los textos en el silencio de los gabinetes de trabajo, puede pecar de racionalista, con olvido de que el derecho es disciplina ordenada a la vida del hombre y a la consecución de sus fines. La interpretación jurídica **verdadera y cabal** es la que combina el respeto de los principios fundamentales con las exigencias vitales del hombre.

- La **interpretación profesional** es aquella realizada por los abogados en el ejercicio de sus funciones. Cuando una persona recurre a un profesional del derecho por asesoramiento legal para evacuar todas dudas jurídicas que pueda tener.
- La **interpretación pedagógica, docente o de práctica docente** consiste en explicar el derecho positivo a futuros profesionales. Es aquel enseñado en las instituciones educativas.

Métodos de interpretación

Los autores anteriores a la aparición de Gény no hacían el examen crítico de los métodos seguidos para determinar el valor de las reglas de interpretación aplicadas. Después del autor mencionado se ha centrado la atención sobre el instrumento utilizado —el método— y este examen ha traído una renovación radical en la dirección del pensamiento jurídico. Al método clásico, propio de la Escuela que Bonnetcase llama de la Exégesis, han seguido los métodos modernos de las Escuelas Científicas. Finalmente, en nuestro siglo aparece, con un sentido revolucionario, la Escuela del derecho libre.

Método clásico: La escuela de la Exégesis

Esta escuela agrupó en el siglo XIX a los principales civilistas franceses, y a través de ellos ejerció en todo el mundo un dominio intelectual incontrastable.

Doctrina: se caracteriza por **cuatro** rasgos distintivos: el **culto al texto de la ley**, la **sumisión a la intención del legislador**, el **carácter estatista** y la **supremacía del argumento de autoridad**.

- **El culto al texto de la ley:** El derecho resulta sustituido por la ley. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos
- **La sumisión a la intención del legislador:** Puede ocurrir que los textos no hablen por sí mismos y aun que sean susceptibles de que se les atribuya dos o más sentidos. La escuela de la Exégesis no tolera semejante libertad en el intérprete: para ella un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que trasunta. El Derecho Positivo se sustenta en esa intención del legislador cuya búsqueda constituye el objetivo del jurista. La intención del legislador es la fuente suprema del derecho, en el sentido de que es su causa eficiente.
- **El carácter estatista:** De los dos rasgos anteriores se desprende implícita, pero inexorablemente, un aspecto inadvertido: el carácter profundamente estatista de la doctrina de esta escuela. En efecto; al proclamarse la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, se coloca, por la vía del culto extremo a la intención del legislador, al derecho en poder del Estado. El derecho no es sino lo que el Estado quiere que sea.
- **La supremacía del argumento de autoridad:** Nunca ninguna escuela tuvo tal respeto por los precedentes y por las personas de los jurisconsultos prestigiosos. Es un verdadero culto supersticioso el que la escuela de la Exégesis consagró. Pero esta confianza ciega en los grandes maestros, y principalmente en algunos de ellos, fue funesta para la Escuela, pues contribuyó a estacionar su doctrina.

Métodos: Los métodos utilizados por la escuela de la Exégesis fueron tres: el **método exegetico puro**, el **sinético** o **dogmático** y un **pretendido método mixto**.

- **Método exegetico puro:** Dio su nombre a la Escuela. Se caracteriza por reducir la exposición y elaboración del derecho, no únicamente al Código, sino también al orden mismo de sus disposiciones, en todo lo que tiene de riguroso.
- **Método sinético o dogmático:** Este método se injerta en el Código, considerando que el material de la ciencia jurídica está dado por los redactores del Código, exclusivamente, puesto que son ellos los que han observado los datos sociales y tomado lo adecuado de esos datos para constituirlo en derecho, de modo que el jurisconsulto queda limitado en sus investigaciones y obligado a situarse en el conjunto de las reglas dictadas. Siguen fieles a la intención del legislador, pero presentan y estudian el material legislativo según el orden impuesto por un tratamiento científico que les permita sentar principios no expresados taxativamente por el legislador, pero de los que ha hecho aplicaciones particulares.
- **método eclético o mixto:** Es el seguido por quienes exponen el derecho según el orden de los libros, secciones, títulos y capítulos del Código, pero alteran el orden de los artículos, influidos por el método dogmático. No se trata de un método independiente, sino de una mera variante accidental del exegetico.

Método moderno: La escuela

Se distinguen dos períodos diferentes: el primero abarca desde 1819 a 1931, y comprende el programa y las luchas en Francia, de la revista "La Thémis" y de su fundador Atanasio Jourdan; el segundo, se inicia en 1899 con la obra de Gény. El esfuerzo intentado en la primera fase fue prematuro, el de la segunda fase resultó decisivo.

Críticas a la Escuela de la Exégesis

- Al reducir el derecho positivo a la ley y a la intención del legislador, condena al derecho a la impotencia por divorciarlo de la vida, y por tanto lo mata. Convierte esta concepción, al estudioso del derecho, disciplina que es para la vida, en un operador de museo
- El método exegético suministra una visión estrecha y deformante del derecho. Al identificar el derecho con la ley, el estudioso deja de considerar otros medios de expresión del derecho distintos de la ley escrita
- Al ignorar la existencia de las fuentes reales del derecho privó al derecho positivo de carácter científico, transformándolo en un arte empírico. Si no se llegó a negar la ciencia del derecho, en realidad se la ignoró.

Doctrina sustentada por la Escuela Científica

- Las reglas de derecho y las instituciones jurídicas derivan de dos elementos generadores llamados "fuentes reales", que revisten, uno un carácter experimental y el otro un carácter racional. Las fuentes reales son las que proporcionan la substancia o materia jurídica, en tanto que las fuentes formales son las que dan a esa materia una delimitación apropiada, o forma. Las fuentes reales son dos: la experiencia y la razón. Los datos experimentales engendran de una manera inmediata las reglas de derecho bajo la orientación y dirección del entendimiento, cuya misión consiste en filtrar los datos experimentales y adaptarlos a las exigencias de la naturaleza humana y a las aspiraciones a la armonía social que se derivan del medio ambiente. Las fuentes formales, que expresan o traducen las fuentes reales son: la norma legal, la norma consuetudinaria y las normas que eventualmente derivan de la jurisprudencia y de la doctrina.
- La influencia de las fuentes reales persiste aún bajo el imperio de la codificación, más allá de los textos o en defecto de éstos. Pues si las fuentes formales no existen sino en función de las fuentes reales, se sigue que éstas ejercen su acción aun en presencia de la principal fuente formal que es la ley o el código.
La substancia del derecho se identifica con los datos que proveen las fuentes reales del mismo. De aquí que cuando la legislación o la costumbre son insuficientes, el Derecho llene sus lagunas —de la ley o de la costumbre, porque el derecho no tiene lagunas— o sus imperfecciones por medio de la doctrina o de la jurisprudencia: es así como se han introducido en la vida jurídica las nociones de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, teoría de la imprevisión, etcétera, que han comenzado por ser elaboraciones doctrinarias que luego han quedado plasmadas en fórmulas legales.

La Escuela del Derecho Libre

Se trata de una tendencia inicialmente desarrollada en Alemania que procura la emancipación del juez respecto de la norma legal. Es un movimiento de reacción contra la Escuela Clásica de dogmatismo legislativo.

Entre los autores que integran esta escuela se destacan que el mejor sistema jurídico es el que asigna amplias atribuciones al juez. Juzgar, según ellos, es asunto propio del corazón y del carácter más que del entendimiento. El ideal es el juez inglés, una especie de rey judicial.

En lo expuesto se observa la influencia de la corriente voluntarista de la filosofía alemana, cuya concepción fundamental radica en que lo decisivo y determinante en la vida humana no es el intelecto, sino el querer y el sentir. El hombre no es sólo una máquina pensante.

También el pensamiento, aun el científico, está entremezclado con elementos volitivos, y de ahí que junto a los juicios están las censuras, junto a lo inestimado lo estimado, el pensamiento emocional. A la esfera

del último pertenece especialmente el pensamiento jurídico. Se trata de una concepción irracional del derecho que estimula la emancipación del juez.

¿Cuándo está obligado el juez a separarse de la ley?

- Cuando la norma legal ha sido derogada por el derecho consuetudinario;
- Cuando las circunstancias de hecho, desde que la ley se dictó, han cambiado de tal suerte que la norma no puede alcanzar el fin razonablemente perseguido, y su aplicación actual conduciría a resultados absurdos;
- Cuando el precepto legal se halla en contradicción con el sentido moral dominante, de suerte que si se lo aplicase correría mucho más riesgo la autoridad del derecho que en el caso contrario
- Cuando el precepto legal contraría la equidad —vigencia inmediata del derecho natural— a tal punto que los fines humanos primordiales resulten frustrados.

Teoría de la hermenéutica

Se denomina teoría de la hermenéutica al conjunto de principios que debe tomar en cuenta el intérprete para una adecuada interpretación de la norma jurídica.

La hermenéutica jurídica implica en sí misma a la interpretación, estudiando, y al mismo tiempo proporcionando, los métodos por los cuales el intérprete, no únicamente comprende el sentido de la norma, sino también la posibilidad de explicarlo.

Constituye un método íntegro, capaz de abarcar la comprensión y la explicación de las normas jurídicas relacionándolas siempre con los hechos y con los valores que intervienen en el derecho; es decir, llega al plano de la argumentación.

Se trata de la teoría general de la interpretación de las normas de derecho a partir de las conductas humanas y del contexto sujeto a ellas, cuyo fin es la revelación del sentido de su contenido con miras, principalmente, pero no de forma exclusiva, a su aplicación al caso concreto, lo que permite llegar a la solución de los conflictos llevados ante los juzgadores de una manera más eficaz, justa y razonable. La expresión de las normas, es decir, los signos por medio de los cuales se manifiestan su significación, la conducta de los hombres y los fines y valores del derecho, serán esenciales para determinar su sentido aplicativo.

Las principales **características de la hermenéutica jurídica** son:

- Es **antipositiva**, en cuanto considera al derecho más allá del conjunto de normas emanadas de la función legislativa, entendiéndolo como una práctica social, la cual se comprende desde su interpretación, argumentación y futura aplicación.
- La comprensión de una norma jurídica, entendida como texto, se da en la relación de ésta con el contexto específico de su aplicación, para lo cual se necesita de experiencias o datos previos, dados en una realidad concreta. La comprensión de una norma jurídica no se encuentra de forma exclusiva en su manifestación textual.
- La interpretación desde el punto de vista hermenéutico no puede verse de forma lineal, sino en forma circular, como un ciclo entre el texto normativo, los destinatarios de la norma, el contexto específico y el intérprete. Se trata de un constante ir y venir entre dichos elementos.

Elementos de la representación

Artículo 2: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

A veces la ley se interpreta según lo que dice **textual y literalmente**. En otras situaciones, para valerse de otros elementos, el Código se debe interpretar **según la finalidad** de la ley, es decir, no ya a qué dice la ley con sus palabras sino al por qué se dictó esa ley, para resolver qué problemáticas.

Las **leyes análogas** son aquellas que tratan un **mismo tema** o en el **mismo sentido** y de las cuales también pueden valerse para la interpretación de la ley.

Cuando alguien interpreta un caso, no puede valerse de una sola fuente, si bien prioriza una, tiene que tener en consideración todas las fuentes susceptibles de ser aplicables.

Codificación

La codificación es un fenómeno constante de la evolución jurídica que consiste en la reunión orgánica de todas las normas vigentes en un país en un cuerpo único.

Cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad cada vez se hace más dificultoso saber cuál es la norma que ha de aplicarse en un caso dado, dentro de las múltiples y a veces contradictorias disposiciones que en el curso del tiempo se han ido sumando a las costumbres. De ahí la necesidad de poner claridad en el asunto, reuniendo en un cuerpo de leyes único todas las disposiciones existentes, en forma sistemática, y eliminando las que han caído.

En un primer momento no se pensó sino en efectuar **recopilaciones** o **compilaciones** de las disposiciones existentes. Luego se introdujo una variante con las **consolidaciones**. Finalmente se llegó a las **codificaciones**.

Las recopilaciones o compilaciones: La recopilación consiste en la inserción en un solo cuerpo de todas las disposiciones existentes, o de las que se refieren a una parte del derecho. Presentan la ventaja de ofrecer el conocimiento del derecho a través de un texto único sin necesidad de ir a consultar los archivos donde han quedado registradas las leyes dictadas en tiempos anteriores. Pero es de notar que las disposiciones insertas en la recopilación no tienen fuerza de ley por el hecho de su inserción en ese cuerpo, sino en virtud de su sanción con esa fuerza operada anteriormente.

Las consolidaciones de leyes: Constituyen un grado más evolucionado que las meras recopilaciones. Consisten en la presentación sistemática y metódica de las leyes imperantes con eliminación de las que han sido derogadas.

Desde luego que el vigor normativo de las disposiciones integrantes del texto ordenado o consolidado no proviene de su incorporación a ese texto sino de su sanción primitiva. Pero la consolidación facilita grandemente el conocimiento y la mejor aplicación de las disposiciones consolidadas.

La consolidación de leyes es una tarea difícil que exige en su autor una gran versación jurídica y la posesión de un fino criterio que le permita interpretar cuándo una disposición ha quedado derogada por otra sancionada ulteriormente, por incompatibilidad lógica entre ambas.

Los códigos: Los códigos constituyen la más evolucionada muestra del proceso general de la codificación. Son expresiones únicas, orgánicas y exclusivas del material jurídico en vigor concerniente a una rama del derecho.

Lo esencial del Código radica en que sus disposiciones tienen fuerza de ley por razón de su inclusión en el texto que en su conjunto ha sido dotado de vigor legal por una sanción única de la autoridad legislativa.

Las **características** de los códigos son: **a)** unidad; **b)** exclusividad; **c)** sistematicidad

- a) La **unidad** indica que el código unifica en su contenido las reglas concernientes a una determinada rama del derecho. Así en nuestro país la Constitución manda que sean unificadas de ese modo, es decir en un texto o cuerpo único, las leyes civiles, penales, comerciales, laborales y de minería, sin que esta mención impida la sanción de otros códigos relativos a materias legislativas correspondientes al Congreso Nacional
- b) La **exclusividad** de un código significa que al tiempo de su sanción ha de contener todas las reglas jurídicas existentes sobre la materia a que se refiere, para lo cual conviene que se disponga la derogación de todas las disposiciones acerca de la misma rama del derecho que han estado en vigor hasta entonces.
El precepto transcripto sólo revela una verdad jurídica con relación al tiempo de la sanción. O sea que todo lo que en ese momento tenía valor jurídico lo perdió si no quedó trasvasado al Código.
- c) La **sistematización** constituye la nota científica de los códigos. Pues la materia de qué trata, en forma única y con exclusión de toda otra ley anterior, está presentada en el código de un modo orgánico, conforme a un método que asigna a cada institución su lugar adecuado, y que facilita a quienquiera, suficientemente ilustrado, el conocimiento del principio aplicable en cada caso. De ahí la importancia que tiene el método en los códigos, que conduce a la adopción de normas generales y luego a la consideración de instituciones particulares sólo a través de reglas que importan modificación de aquellas normas generales, las cuales por su mismo carácter rigen por fuerza de su generalidad sin necesitar que se esté renovando su aplicabilidad con relación a cada institución particular.

Ventajas e inconvenientes de a codificación

Ventajas

- Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, con lo cual se evita la confusión proveniente de leyes dispersas y hasta contradictorias;
- Facilita el adecuado conocimiento del ordenamiento legal y consiguientemente la aplicación del mismo;
- Favorece la conformación de un espíritu nacional por la supremacía que el código adquiere frente a las legislaciones locales;
- Influye frecuentemente en el acrecentamiento cultural del país, sobre todo cuando la obra de codificación ha sido bien lograda.

Inconvenientes

- Puede inducir en el intérprete la creencia errónea de que todo queda resuelto por la aplicación del código;
- Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y al divorcio de éste con la vida;
- Si para eludir el inconveniente apuntado se introducen en los códigos enmiendas parciales para acoger en su articulado las nuevas instituciones que la vida exige, se corre el riesgo de quebrantar la sistematización y coherencia del sistema legislativo, que es la mayor ventaja de la codificación

El *common-law* como derecho jurisprudencial no codificado

Se denomina ***common-law*** al sistema jurídico de los pueblos anglosajones, porque la base del sistema está dada por el **derecho consuetudinario** que ellos llaman "derecho común" o *common-law*.

No quiere decir que en tales países no existan leyes dictadas por el respectivo Poder Legislativo. Las hay, pero tienen sobre todo carácter administrativo o de reglamentación de las libertades de los ciudadanos: son las "act" o "bill".

Relación del *Common-law* con la costumbre

Es muy íntima la relación del "common-law" con la costumbre, porque aquel constituye un modo ordinario de convivencia cuyas reglas surgen de la inveterada reiteración de prácticas ancestrales.

Según el punto de vista clásico acerca de la fuerza jurídica del *common-law*, los jueces bajo ese sistema no crean derecho, sino que lo declaran tal cual es conforme a la costumbre imperante. Es cierto que habitualmente los jueces no aluden para nada a esas costumbres, sino que fundan esas decisiones en los precedentes jurisprudenciales existentes, pero al proceder de esta manera no lo hacen porque el fallo invocado constituya una regla de derecho sino porque lo estiman como prueba satisfactoria de la costumbre. Bajo este enfoque el precedente no es otra cosa que una costumbre autenticada

El precedente y su importancia

El precedente tiene una importancia decisiva dentro del sistema del *common-law*. Porque aun cuando la base del sistema sea de índole consuetudinaria, en la práctica funciona por la vía del precedente. De modo que para dar la solución adecuada al caso que se presenta, luego de precisar los hechos referentes al mismo y comprobarlos en justicia, es menester revisar los repertorios de jurisprudencia para encontrar el caso similar y conocer la solución que se le haya dado, pues esa será la que corresponda al caso actual. Es una administración del derecho a través de casos particulares (*case law*) y no en función de principios generales

Caracteres del sistema

- Es **empírico**, por cuanto la labor del intérprete no consiste en razonar sobre los principios jurídicos para subsumir el caso presentado dentro de esa estructura y deducir la solución aplicable, sino en comprobar tanto la existencia de los hechos (cometido de las partes interesadas) como la existencia de la norma aplicable a través de algún precedente relativo a un caso sustancialmente similar (cometido del juez)
- Es **estable** porque el precedente obliga al juez. En Inglaterra, por ejemplo, una vez que se fija un principio por una decisión judicial, es en vano sostener que conduce a una injusticia. Para eliminar su vigencia no queda sino encontrar otro precedente que contrarreste el primero. Por esta forma de actuar, la organización jurídica adquiere una gran estabilidad sin que se adviertan los sacudimientos que se producen en los países de derecho escrito cuando tiene lugar un cambio de legislación por otra.
- Es **evolutivo** en cuanto sin perder estabilidad, también el *common-law* va evolucionando con el correr del tiempo, en consonancia con la estimación cambiante de los valores sociales. Sin duda, los casos que se presenten se habrán de resolver conforme a los precedentes, pero es de notar que no se hace una ciega aplicación de éstos. En verdad cada nuevo caso aporta un matiz propio que puede ser contemplado por la decisión que lo resuelva; y como a su vez esta decisión importa un nuevo precedente para los casos futuros, en algún momento los matices distintos que van presentando los casos actuales pasan a constituir una *ratio decidendi* que los identifica con otros precedentes distintos de los que antes se consideraban análogos y de aplicación forzosa, pero que ahora, por esa discriminación, han dejado de serlo.

Ventajas e inconvenientes del *Common-law*

Ventajas

- El sistema del "common-law" **preserva mejor la libertad del ciudadano**, porque ella no está amparada por la ley escrita, que suele ser tornadiza como una accidental mayoría parlamentaria, sino que resulta escudada por el respeto por los precedentes acumulados durante siglos. En los países de derecho escrito el triunfo abrumador de un partido político puede dejar en sus manos la posibilidad de estructurar regímenes que cercenen las libertades de los ciudadanos y aumenten las atribuciones del Estado, con lo cual puede llegarse por vía legal a la instauración de una dictadura. Esta perspectiva es muy remota en los países que se sujetan al "common-law"
- El empirismo en que se basa el sistema desarrolla en quienes lo manejan —los jueces— una aguda **perspicacia para apreciar** la esencia y los matices significativos de los casos concretos que se presentan, de manera de poder lograr una administración de justicia más humana y equitativa. Así se advierte en los jueces y en doctrinarios de los regímenes de base legal una preocupación por lograr soluciones que no sólo sean conformes a la ley escrita, sino especialmente conformes a la equidad y a la justicia intrínseca: es en cierto modo la vuelta al inderogable derecho natural. Pero por otro lado y tal vez con más insistencia aún, se nota en los jueces y autores de los países del *common-law* la preocupación por superar un puro empirismo y encontrar el fundamento de las decisiones en los principios que emanan de la organización y sistematización de los precedentes judiciales.

Inconvenientes

- La ausencia de sumisión a principios científicos en la aplicación del derecho. El empirismo del sistema lleva a sumar elementos a veces heterogéneos y a computar precedentes inconexos o tan distantes en el tiempo que resultan de similitud sólo aparente con relación al caso actual.
- La base misma del sistema obliga a una búsqueda penosa del posible precedente a través de miles y miles de fallos con la consiguiente imposibilidad de dominar semejante material para poder aseverar acerca de la solución que corresponde aplicar a un caso dado en función de los precedentes habidos. Por esta circunstancia el American Law Institute ha favorecido la publicación de recopilaciones sistematizadas de **sentencias** a cargo de jurisconsultos prestigiosos, que son de gran utilidad para abogados y jueces.
- El progreso del derecho resulta dificultado grandemente por el respeto a las tradiciones jurídicas que el sistema del *common-law* importa, el cual está ideológicamente asociado a una concepción individualista de la sociedad que choca con las exigencias del mundo contemporáneo.
- Finalmente se reprocha justamente al sistema del *common-law* que deja en definitiva librada la administración de la justicia a la voluntad de los jueces, con el grave peligro de convertir a la organización social en un baluarte injusto del predominio de los intereses de ciertas clases sociales a las cuales suelen estar vinculados los individuos que integran la judicatura. Se comprende así que la organización estructurada sobre esas bases se resienta de un exagerado conservadurismo, que puede ser insensible a las justas reclamaciones populares.

El Código Civil Argentino

Ver páginas 186 a 192 del Tomo 1 de Llambías (Carpeta drive)

Explicación textual del profesor

Amplía La Relación entre La labor del intérprete

👉 El Juez y la aplicación de LAS FUENTES DEL DERECHO

👉 Qué es "El Deber de resolver"? / ART 5. ley 26.994 👉 EL JUEZ DÉBE RESOLVER LOS ASUNTOS QUE SEAN SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN MEDIANTE UNA DECISIÓN RAZONABLEMÉNT FUNDADA.

Art 15 Código de Vélez 👉 LOS JUECES NO PUÉDEN DEJÁR DE JUZGAR BAJO EL PRETEXTO DE SILENCIO, OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE LAS LEYES 👉 obviamente, el ART.15 de Vélez es más claro respecto a que es "EL DEBER DE RESOLVER", si el juez no encuentra la respuesta en las Fuentes Formales puede recurrir a las Fuentes Materiales o Científicas, como consta en el Artículo 16, del mismo Código de Dalmacio Vélez Sarsfield 👉 SI UNA CUESTIÓN CIVIL NO PUÉDE RESOLVERSE, NI POR LAS PALABRAS, NI POR EL ESPIRITÚ DE LA LEY (su finalidad u objeto por la cual se sancionó), se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (que es una Fuente Material o Científica), teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Artículo 15 Código de Vélez: *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*

Artículo 16 Código de Vélez: *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

AUDIO 2

Anexo página 45/46 – Jurisprudencia plenaria

Así como la sentencia definitiva de los tres miembros de la sala de la Cámara de apelaciones se puede apelar por el recurso extraordinario, existe otro recurso llamado **recurso de inaplicabilidad de la ley** o el **sistema de fallos plenarios**.

Si cuando se inició la demanda, además de **invocar qué artículos** fundaba la pretensión y solicitando la **reserva caso federal** para solicitar eventualmente el recurso extraordinario, se logra encontrar en algunas de las salas que constituyen la Cámara (de la A a la M) **algún caso** (que no sea más allá de los **10 años**) que sea similar al de la demanda y se lo invoca en la misma, cuando los tres jueces de la sala dictan la sentencia definitiva no dando la razón pretendida, se puede apelar no con el recurso extraordinario sino con el **recurso de inaplicabilidad**.

Al avisar que ya había un precedente similar al de la demanda e invocando este recurso, genera que se junten todas las salas de la Cámara para analizar y resolver el caso. Si se tiene razón con el reclamo y con la invocación de un caso similar de la misma Cámara, se dictará una **sentencia plenaria** (donde están incluidos todos los jueces).

Esta sentencia plenaria sienta en **precedente** tan importante que tendrá la misma jerarquía que las leyes. A partir de ese momento, en los casos de índole similar, en vez de citar los artículos de la ley o antecedentes de las salas de la Cámara para fundar la pretensión, se invocará directamente el **fallo plenario xx contra xx**. Es por este motivo que la **jurisprudencia plenaria** es una **fuentes formal** del derecho.

Es **obligatoria** para jueces de primera instancia y para casos similares, siempre dentro del ámbito de la **jurisdicción** de esa **Cámara**.

Un **fallo plenario** entra en vigencia desde el momento de la sentencia y hasta que **otro fallo** plenario lo **derogue**.

***Artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial:** El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los diez (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento.*

Si se tratare de una cámara federal, que estuviere formada por más de una (1) sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso-administrativo federal.

En el año 2013, el sistema de **fallos plenarios** fue **derogado** por la **ley 26.853** de reforma judicial, derogando así también el recurso de inaplicabilidad de la ley diciendo que, si una persona no está de acuerdo con la sentencia definitiva de los tres jueces de la sala, no puede apelar ante el mismo tribunal, sino que es menester ante otro tribunal. En este contexto, la ley establece la creación, por encima de las Cámaras de Apelación, de las **Cámaras Federales de Casación**.

Entonces, si una persona no está de acuerdo con la sentencia de la Cámara de Apelación, podrá apelar ante la Cámara de Casación Federal. Sin embargo, a pesar de la vigencia de la ley, hasta el 2018 no fue creada esta Cámara; es decir, se derogó el sistema de fallo plenarios pero el que quería pedir el recurso de casación no tenía dónde presentarlo.

En enero de 2019 volvió a ponerse en vigencia el sistema de fallos plenarios como fuente formal mediante la **ley 27.500**.

Clase 15

La ley – Fuente formal del derecho

Una **ley** es una **regla o norma jurídica** de carácter **obligatorio** dictada por la **autoridad competente** de un territorio. Tiene como fin permitir o prohibir alguna acción de los individuos con el objetivo de regular las conductas humanas y lograr una convivencia armoniosa dentro de una sociedad.

Son de carácter **coercitivo**, esto significa que en caso de que las leyes no sean cumplidas, la fuerza pública tiene el deber y obligación de sancionar a la persona o institución correspondiente. Por eso, muchas veces los individuos deben someterse a las leyes a pesar de no estar de acuerdo con ellas.

Las leyes están compuestas por dos partes: una parte dónde se **describe** las conductas que deben llevar a cabo los ciudadanos y otra parte que establece la **sanción** que recibirá quien no cumple con la conducta indicada por la norma.

Diferencias entre ley y sentencia

Tanto la **ley** como la **sentencia** son normas jurídicas que implican la realización de una conducta y en caso de incumplimiento, sin embargo existen varias diferencias entre ambas, a saber:

Ley	Sentencia
Origen: Surge del Poder Legislativo, más precisamente del Congreso. Tiene origen legislativo	Alcance: Surge del Poder Judicial , que está compuesto por los distintos juzgados (<i>ya mencionados en el resumen</i>), las distintas salas de la Cámara de Apelación y los fallos de la Corte. Tiene origen legislativo
Alcance: La ley tiene alcance general , se aplica en todo el territorio de la república y para todas las personas que queden comprendidas bajo el ámbito de su aplicación. También se llama normatividad .	Alcance: La sentencia tiene alcance particular ya que la obligatoriedad es para las partes del litigio (la litis)
	Para que una sentencia pueda ser dictada, siempre debe de presuponer la existencia de una ley. El juez siempre tiene que fundar la sentencia en una ley anterior al hecho en cuestión. La ley precede a la sentencia.

Características de la ley

- **Sociabilidad:** Se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales
- **Obligatoriedad:** Esto supone una voluntad superior que manda y una voluntad inferior que obedece. También supone la libertad del hombre por oposición a la necesidad del mundo de la naturaleza física. Tampoco ha de confundirse con la idea de utilidad, pues quien obra para lograr un cierto resultado sigue una regla técnica, lo que es dable llamar un método o vía para alcanzar el objetivo propuesto, sin que tal sujeción tenga nada que ver con el comportamiento que impera la ley bajo la coerción de la autoridad pública
- **Origen público:** La ley emana de la autoridad pública y por ello actúa en la línea de la soberanía política diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad o los poderes convencionales
- **Coactividad** Esta característica propia de todo derecho positivo luce eminentemente en la ley que es su medio de expresión típico y privilegiado, en tanto que aparece velada en las otras fuentes del derecho. Las sanciones de la ley son resarcitorias y represivas: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción: el resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas se inspiran en el castigo corrector del infractor.
- **Normatividad** Abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación lo que distingue a la ley de otras expresiones del poder público, tales como los actos administrativos. No es indispensable que la ley sea perpetua, pues su

vigencia temporaria puede haber sido establecida desde su origen, como algunos impuestos. Tampoco es imprescindible que rija a todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida, es decir, que tenga un carácter general y abstracto de manera de no quedar agotada su vigencia con la aplicación a un caso determinado

- **Irretroactividad:** En principio, la ley es irretroactiva. La irretroactividad es el fenómeno que produce que las normas no tengan efectos hacia atrás en el tiempo. De esta manera se asegura que dichos efectos comiencen en el momento de su entrada en vigor, con la finalidad de dotar al ordenamiento jurídico de seguridad. Tal principio pretende o sustenta estabilidad al ordenamiento jurídico y también, contribuye a establecer la seguridad jurídica, en tanto en cuanto un individuo puede y debe poder estar seguro de las consecuencias que los actos que realice en cada momento pueden acarrear.

Artículo 5 CCyC: Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.

Audio 2

Clasificación de la ley

La ley en sentido material y en sentido formal

- **Ley en sentido material o amplio:** Ley en sentido material es toda norma jurídica genera y coactiva sancionada por la **autoridad pública competente**. Responden a este concepto: la Constitución Nacional y las constituciones provinciales; las leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales, si estatuyen normas generales; los decretos reglamentarios del P.E.; las ordenanzas municipales de carácter general, los edictos de policía, los reglamentos de la Corte Suprema y sentencias de las Cámaras de Apelaciones, cuando establecen normas de carácter general.
- **Ley en sentido formal o estricto:** Ley en sentido formal es el acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto en los arts. 77 a 84 de la Constitución, bajo el título "De la formación y sanción de las leyes". En el orden provincial las leyes, en sentido formal, son dictadas por las legislaturas de cada provincia.

Leyes nacionales y leyes provinciales

- Las **leyes nacionales** del Poder Legislativo Nacional, es decir del Congreso, y que se aplican en todo el territorio de la República
- Las **leyes provinciales** nacen del poder legislativo provincial llamado **legislaturas provinciales** y son obligatorias dentro de esa provincia.
- Existe una tercera clasificación respecto de las leyes sancionadas por la legislatura de la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires** y que sólo rigen en ese territorio.

Leyes prohibitivas y leyes dispositivas

- Las leyes **prohibitivas** son las que prescriben un comportamiento negativo, o en otros términos las que vedan la realización de algo que se podría efectuar si no mediase la prohibición legal. Esta clase de leyes pueden o no haber previsto determinada sanción para el caso de contravención. Si la ley hubiera contemplado cierta sanción la infracción dará lugar a la aplicación de dicha sanción. Si en cambio nada se hubiese previsto, entonces corresponderá hacer funcionar la sanción de

nulidad, de acuerdo a lo prescrito por el art 18 del Código Civil, que dice así: "Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

- Las leyes **dispositivas** son las que prescriben un comporta- „, miento positivo, o sea que imponen que se haga algo determinado.

Si se trata de la omisión de requisitos impuestos por la ley para la celebración de ciertos actos jurídicos, esa infracción podrá dar lugar a la nulidad del acto obrado con esa falla, si es que la sanción de invalidez está prevista o si tal sanción puede ser inducida del ordenamiento jurídico

Leyes imperativas y las leyes supletorias o interpretativas

- Las **leyes imperativas** son aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas. Su contenido se aprecia que es de "orden público" y consiguientemente el comportamiento previsto se impone incontrastablemente, no obstante el deseo de alguien de quedar sujeto a una regulación diferente

Se denomina **orden público** al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.

- Las **leyes supletorias**, también llamadas **interpretativas**, son las que las partes pueden modificar sustituyendo su régimen por el convencional que hubiesen acordado. Consiguientemente sólo rigen en caso de ausencia de voluntad de los particulares, como ocurre respecto a los contratos, materia que en obsequio a la libertad de los individuos ha sido dejada en primer término a su propia determinación.

Pero puede ocurrir que los particulares no usen de la facultad que tienen para regir sus derechos conforme a la autonomía de su voluntad y para esa hipótesis el legislador ha previsto un régimen supletorio que se inspira en lo que de acuerdo a la recta razón y a la práctica de los negocios habrían verosímilmente acordado los contratantes en caso de decidirse a usar las facultades de que disponían para ello. Por esto tales leyes supletorias se llaman también interpretativas, en cuanto el legislador ha pretendido con ellas realizar la interpretación de la voluntad inexpresada de las partes.

El carácter imperativo o supletorio de la ley depende de la determinación del propio legislador. Cuando éste nada ha declarado, el intérprete debe decidir el punto atendiendo a la finalidad de la norma. Si se ha establecido para satisfacción del bien común o del interés público, la ley es imperativa, pero si se ha instituido en mira de un interés particular se ha de concluir, en principio, que la ley es meramente interpretativa y que puede ser dejada de lado por aquellos cuyo interés ella resguarda

Leyes perfectas y leyes imperfectas

- Leyes **perfectas** son aquellas cuya sanción estriba en la **nulidad** de lo obrado en infracción de lo que ellas ordenan o prohíben.
- Leyes **imperfectas** o carentes de sanción expresa, que no serían verdaderas normas de derecho positivo, por esa ausencia de sanción, sino más bien exhortaciones legislativas tendientes a encauzar en un cierto sentido la conducta de los hombres.
- Leyes **menos que perfectas** son aquellas cuya infracción no es sancionada con la nulidad de lo obrado, sino con otra consecuencia. Tal la que sanciona el dolo incidental con el **resarcimiento** de los **daños y perjuicios** sufridos por la víctima del engaño, sin afectar la validez del acto celebrado.

- Leyes **más que perfectas** son aquellas cuya violación no sólo determina la **nulidad del acto** celebrado en contravención, sino además la **indemnización por daños y perjuicios**

Audio 3

Orden jerárquico de leyes en el Derecho Argentino

Hans Kelsen (fue un jurista austríaco) estipulaba que respecto a todas las leyes que existen en un ordenamiento jurídico de una determinada jurisdicción o país, corresponde construir una pirámide normativa para ver cuál es la norma que está por encima de otra, dada la variedad de la existencia de las leyes (leyes nacionales, provinciales, imperativas, supletorias) y la interpretación que realice el intérprete de la misma, del Congreso o la persona que la aplicará.

En este contexto, la pregunta recae sobre qué ley se aplica o cuál tiene más peso cuando haya más de una que trate un mismo tema. Con la elaboración de la pirámide normativa con todas las normas que existen en un país, se determina que, en caso de conflicto de normas, cuál es la que el intérprete aplique.

En la cúspide de la pirámide se encuentra la **norma hipotética fundante** que le da orden y sentido a todo el contenido de la pirámide. Esta norma estaba basada en el **derecho natural**.

Pirámide de Kelsen en el Derecho Argentino



Artículo 31: *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

Artículo 75 inc. 22: *Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. **Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.***

Audio 4

Efectos de la ley con relación al territorio o ámbito territorial de la ley

Artículo 4 CCyC: *Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.*

El hecho de que una persona pise el suelo argentino hará que automáticamente deban de acatar las normas jurídicas del derecho positivo en sus distintas ramas (público y privado)

1) Las leyes son obligatorias, **¿para quiénes?** Para todos los que habiten el territorio, sin distinguir entre ciudadanos o extranjeros, domiciliados o meros transeúntes.

2) Las leyes son obligatorias, **¿dónde es que son obligatorias?** Dentro de los límites territoriales que tiene nuestro país incluyendo provincias, ríos, ensenadas, el espacio aéreo, el mar territorial, la plataforma continental. Saliendo de esos límites territoriales, la protección y obligación legal se termina ya que rige el **ius soli** (hoy llamado **sistema de la aplicación territorial de la ley**) basado en el derecho romano según el cual las leyes son obligatorias dentro del territorio, pero no acompañan al ciudadano a cualquier parte donde vaya.

En otros países no rige el sistema territorial **ius soli** sino el **ius sanguinis** (**sistema de la personalidad de la ley**), donde los ciudadanos nacidos bajo este sistema tienen el derecho de solicitar en cualquier jurisdicción que se presenten que se aplique su Código Civil.

Aclaración sobre qué comprende el territorio

El "territorio" de nuestro país, a los efectos de la aplicación de las leyes argentinas, está integrado por los siguientes lugares:

- El suelo comprendido dentro de los límites políticos de la Nación, inclusive los ríos y lagos internos, las islas y el sector antártico argentina. Dentro del suelo queda también comprendido todo lo que está bajo el mismo en toda su profundidad en líneas perpendiculares a los límites expresados.
- El espacio aéreo existente sobre el suelo nacional
- El mar territorial, entendiéndose por tal, la franja de mar que baña las costas hasta doscientas millas marinas medidas desde la línea de la más baja marea
- Los ríos limítrofes, hasta el "thalweg" o sea la línea del cauce más profundo
- Los golfos, bahía o ensenadas, aunque su concavidad no quede totalmente cubierta por el mar territorial
- Las embajadas y legaciones del país en el extranjero.

- Los barcos y aeronaves de guerra argentinos, sea que se encuentren en alta mar, en mar territorial extranjero o fondeados en puerto extranjero
- Los barcos y aeronaves mercantes de bandera argentina, cuando están en alta mar. Por el contrario cuando entran en aguas territoriales extranjeras, a diferencia de los buques de guerra, caen bajo la jurisdicción a que pertenece el mar territorial.

Ejemplo del profesor sobre *ius soli* e *ius sanguinis*

Si un extranjero, que en cuyo país rige el sistema *ius sanguinis*, viene al territorio argentino y solicita que se le aplique la legislación de donde proviene se le negará tal petición invocando el **artículo 4** del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, ambas partes tienen razón. Por un lado, Argentina tiene un sistema cerrado donde a todos se le aplica la misma ley y se imposibilita la de otra jurisdicción internacional y, por el otro, el extranjero está en todo su derecho de solicitar que se le aplique la ley de su país. En este caso, el Código vigente no establece una solución. El Código Civil de Vélez contemplaba en su artículo 13 las excepciones donde se podían aplicar leyes extranjeras.

Artículo 13 Código Vélez: *La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial.*

Cuando la ley territorial así lo dispone cesa la aplicabilidad de ésta para hacer lugar a la aplicación de la ley extranjera. Como ésta viene, en tal caso, a aplicarse fuera de su propio territorio se habla aquí de aplicación extraterritorial de la ley.

La enunciación de las situaciones en que la ley territorial cede su aplicación en favor de la ley extranjera, integra el contenido del "derecho internacional privado" que se ocupa especialmente de determinar en tales casos cuál es la ley extranjera aplicable. Para ello se atribuye para cada clase de relación jurídica la aplicabilidad de una ley determinada: la ley de la situación de la cosa, o de celebración del acto, o del lugar de ejecución, o del tribunal que la juzga, o de la ley personal de los sujetos intervinientes. Cuando se hace aplicación de ley personal la mayor parte de las legislaciones europeas se atienen a la que indica la "nacionalidad" de la persona, en lugar de atender a su "domicilio".

Límites de la aplicación de la ley extranjera

Artículo 14: *Las leyes extranjeras no serán aplicables:*

1. *Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;*
2. *Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código;*
3. *Cuando fueren de mero privilegio;*
4. *Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.*

Clase 16 – 13/05

EFFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO/CONFLICTO TEMPORAL DE LAS LEYES

Explicación histórica

Empieza con el **artículo 3 del Código de Vélez**, que se sancionó en 1869, se promulgó en 1870 y entró en vigencia en 1871.

Artículo 3 – Código Vélez: *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

Este artículo constituía una **regla jurídica** que establecía que la **ley es irretroactiva** (*una de las características de ley*), es decir que nunca una ley que entra en vigencia en una fecha determinada no se puede aplicar a un caso anterior a ella.

Además, una nueva ley que entra en vigencia hoy no puede modificar, perturbar ni privar a ninguna persona de los derechos ya adquiridos (**derecho de propiedad – Artículo 17 CN**)

Ante esta regla existe una **excepción**:

Artículo 5 – Código Vélez: *Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.*

Esto quería decir que, si se llegase a dictar una ley de orden público, los particulares es dable que **pierdan** los derechos adquiridos.

Es decir, para **Vélez**, todas las leyes son irretroactivas, rigen para el futuro y una nueva ley no puede afectar los derechos adquiridos. Pero, cuando aparece en la sociedad una ley de orden público, sí puede ser retroactiva porque tiene la capacidad de arrebatar un derecho ya adquirido con anterioridad a su entrada en vigencia.

En **1968**, entra en vigencia la **ley 17.711**, derogando el **artículo 5 del Código de Vélez**; este artículo simplemente es eliminado, no modificado ni reemplazado por ningún otro artículo. Además, esta ley modifica por completo el **artículo 3** (que es el mismo que el artículo 7 del Código Civil y Comercial – Ley 26.994) con una redacción totalmente nueva, a saber:

Artículo 3: *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.

En el segundo párrafo, en la modificación que se le incorpora al artículo se hace una aclaración **sean o no de orden público** que, tácitamente, se establece que todas las leyes son irretroactivas. Además, es una aclaración de que se deroga el artículo 5 del Código que reconocía que podían ser retroactivas.

A pesar de esta aclaración que se hace, a continuación, el artículo dice **excepto disposición en contrario**, abriendo la posibilidad a la excepción y, consecuentemente, a la retroactividad y su aplicación a situaciones anteriores a ella. Sin embargo, la retroactividad tiene que cumplir con **dos requisitos**: el primero, no puede afectar garantías constitucionales, tiene que regular y proteger los derechos ya reconocidos y, segundo, la propia ley tiene que aclarar que es retroactiva.

Audio 2

Efecto inmediato de la ley

El efecto inmediato de la ley surge como consecuencia de la modificación del Código de Vélez de la ley 17711 en 1968 al **artículo 3, primer párrafo**

Artículo 3: *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Explicación: Cuando una ley entra en vigencia, no sólo rige el futuro (como decía Vélez en su artículo 3 original), sino también para las consecuencias de los actos y situaciones jurídicas previas.

Ejemplo: Ante la existencia de una relación contractual, la vigencia de una nueva ley, que en cuyo ámbito de aplicación se encuentra el contrato en cuestión, no podrá modificar las cláusulas que las partes acordaron de común acuerdo oportunamente, pero sí los actos y consecuencias del mismo una vez su terminado.

Excepción: Artículo 3, tercer párrafo: *Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución.*

Si las partes firmaron un contrato que está en curso de ejecución, y las partes se ponen de acuerdo en no querer aplicar una nueva ley que entró en vigencia y la misma es supletoria, entonces las partes pueden no permitir que la nueva ley modifique las consecuencias del contrato.

Pasando el **Código Civil y Comercial – ley 26944**, el nuevo código agrega a este artículo (ahora **artículo 7**) en el tercer párrafo *in fine* **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo**. Esto quiere decir que si el Congreso dictara una ley que es supletoria en donde beneficia a los consumidores, el efecto inmediato se aplica de pleno derecho. No se aplicará una supletoria si hay un contrato entre particulares (locación, mutuo, permuta), pero si es un contrato donde hay una relación de consumo y la nueva ley supletoria beneficia al particular, la compañía no puede negarse a aplicarla, inmediatamente rige la nueva disposición.

Clase 17 – 14/05

Audio 1

Proceso formación de la ley formal o ley en sentido estricto

La primera etapa en el proceso de creación de la ley formal es la **iniciación**, contemplada en el **artículo 77** de la **Constitución Nacional**.

Artículo 77: *Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.*

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

Los proyectos de ley pueden tener origen tanto en la Cámara de Diputados (que representan a los ciudadanos) o en la Cámara de Senadores (que representan a las provincias). La Cámara donde se presente el proyecto de ley se llamará **Cámara iniciadora** o **de origen** y, cuando pase a la otra Cámara, ésta se llamará **Cámara revisadora**.

Excepción: Solamente pueden iniciarse en la **Cámara de Diputados** los proyectos que se refieran a **contribuciones, reclutamientos de tropas** o la **iniciativa popular (Contemplada en el la Ley 24.747 y en el artículo 39 de la Constitución Nacional)** –

¿En qué consiste la iniciativa popular? – Ley 27.474

Artículo 2: Los ciudadanos podrán ejercer el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación.

Artículo 3: No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Artículo 4: La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5 %) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales.

En números constituye aproximadamente 500.000 firmas. Y las personas que firman la iniciativa popular tienen que encontrarse contempladas en el último padrón electoral utilizado para la elección de diputados nacionales. Además, dentro de esa cantidad de firmas, tiene que estar representados 6 distritos diferentes.

Artículo 7: Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte (20) días, prorrogable por resolución fundada del Tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5 %) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad se desestimarán la misma del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar, la planilla de adhesiones es documento público. En caso de verificarse que el cinco por ciento (5 %) o más de las firmas presentadas sean falsas se desestimarán el proyecto de iniciativa popular

Artículo 5: Requisitos de la iniciativa popular. La iniciativa popular deberá deducirse por escrito y contendrá:

- a) La petición redactada en forma de ley en términos claros;
- b) Una exposición de motivos fundada;
- c) Nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa, los que podrán participar de las reuniones de comisión con voz de acuerdo a la reglamentación que fijen las mismas;
- d) Descripción de los gastos y origen de los recursos que se ocasionaren durante el período previo a presentar el proyecto de iniciativa popular ante la Cámara de Diputados;
- e) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral.

a) La iniciativa popular tiene que ser redactada y presentada en los **términos y formalidades** de un proyecto de ley.

b) Cuál es el motivo de los particulares para la sanción de este proyecto

c) La identificación con nombre y apellido de todos aquellos que promueven el proyecto, como así también la posibilidad de que los mismos participen en las reuniones de comisiones si el proyecto se trata.

e) La identificación, con los requisitos que establece el inciso, de todas aquellas firmas requeridas por la ley presentación de un proyecto de iniciativa popular.

Artículo 9: El rechazo del proyecto de iniciativa popular no admitirá recurso alguno.

La justicia nacional electoral tendrá a su cargo el contralor de la presente ley. Los promotores tendrán responsabilidad personal.

Si se rechaza la iniciativa, no se puede apelar ni interponer recurso alguno para poder volver a presentarla. Se podrá sí volver a presentar otra iniciativa popular con otra redacción o modificación en su texto, pero la misma no.

Y, en caso de alguna anomalía, los promotores de la iniciativa son los responsables y sobre ellos caerá la sanción.

Continuando con la iniciación

Luego de la **iniciación**, viene la **discusión**. Una vez presentado el proyecto de ley, no se trata directamente en la cámara de origen, sino que primeramente se trata **comisión**. Se designan distintos grupos de personas que pertenecen a esa cámara de origen (o especialistas fuera de ella) para debatir el alcance y sentido del proyecto de manera más específica.

Finalizada la discusión del proyecto de ley, debe emitir un **dictamen** que posteriormente es elevado a la Cámara de origen. Las Cámaras no tratan el proyecto de ley original en su totalidad, sino que su debate se basa en el dictamen que emitió la comisión.

El **quórum** es la cantidad de miembros de la Cámara que deben estar presente en la sala para que se pueda dar comienzo a la sesión. Tanto en Cámara de Senadores como de Diputados, el quórum es **la mitad más uno**, esto es, **37** en y **129** respectivamente.

Se pueden dar dos situaciones: que la Cámara de origen **no apruebe el proyecto ley**, por cualquiera que fuera el motivo, y en este caso la misma no podrá ser tratada hasta el año próximo. Si, por el contrario, la Cámara **aprueba el proyecto de ley**, es importante saber con qué mayoría fue aprobado el mismo ya que de esto dependerá luego la aprobación o modificación de la **Cámara Revisora**.

Puede haber **dos tipos de mayorías**: la **mayoría simple o absoluta** implica la mitad más uno de los presentes. La otra mayoría está constituida por las **2/3** de los miembros presentes.

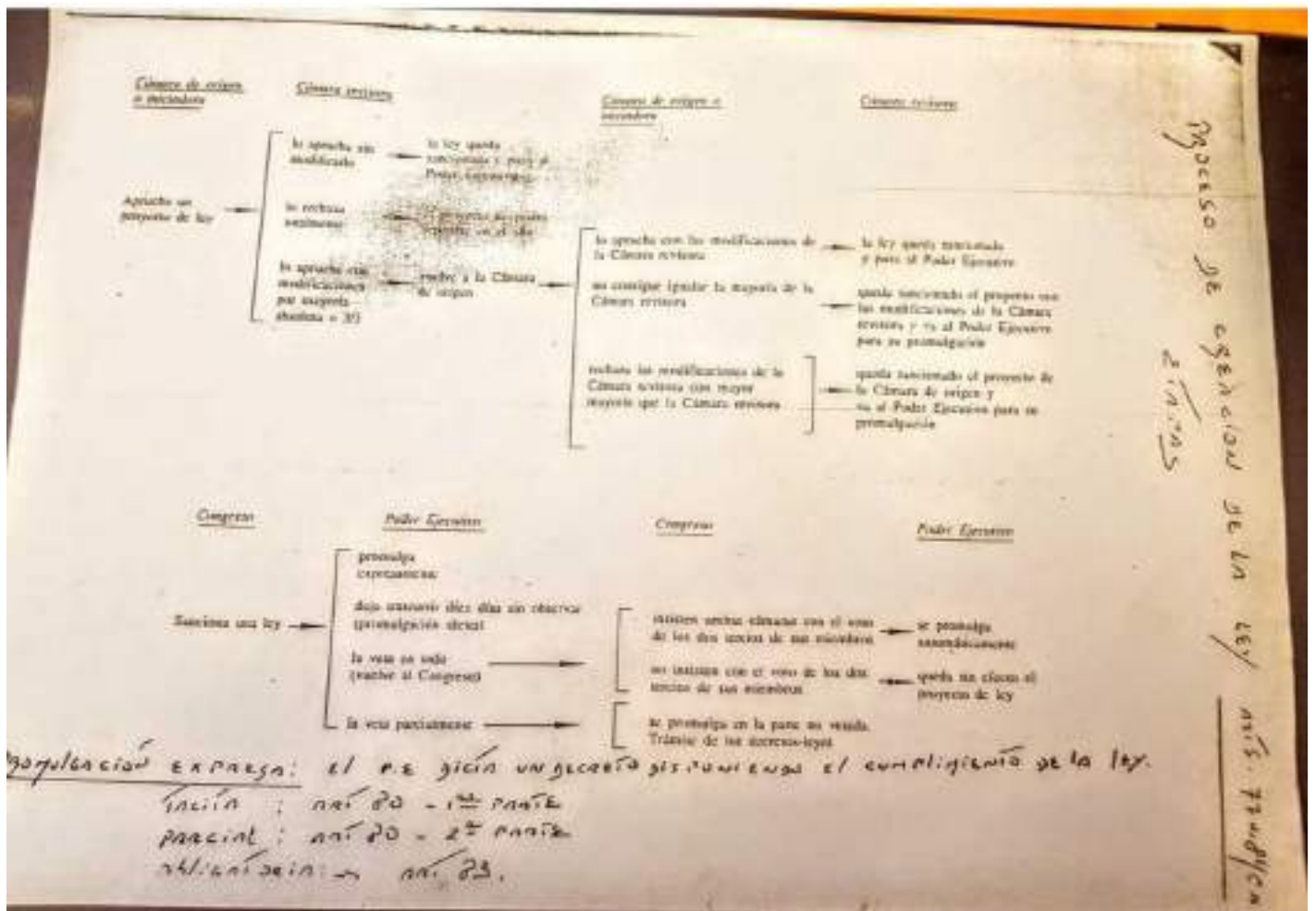
Aprobado el proyecto, sale de la Cámara de origen y va a la **Cámara revisora**.

En la cámara revisora se pueden dar que la misma apruebe el proyecto de ley **sin modificación alguna**. En este caso, la ley queda **sancionada** y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. También puede darse la Cámara **rechace totalmente** el proyecto y en este caso el mismo no podrá volver a tratarse hasta el próximo año. Y, por último, puede darse el caso en el que la Cámara aprueba el proyecto de ley, pero **con modificaciones** en su articulado. En esta situación, el proyecto es enviado a la Cámara de origen con todas las modificaciones propuestas.

Es menester saber con qué mayoría fueron realizadas las modificaciones, es decir, si en la Cámara revisora las mismas fueron por mayoría simple o contó con la 2/3 de los miembros presentes.

Si el proyecto sale de la **Cámara de origen** con la aprobación de las **2/3** de sus miembros presentes y en la **Cámara revisora** se le realizan modificaciones aprobadas por **la mitad más uno**, la ley volverá a la primera Cámara para revisar las modificaciones, pero, si insiste en dejar el proyecto con la redacción original con los 2/3 de los presentes, la ley quedará **sancionada** tal cual está. Esto se debe que tiene mayor fuerza la Cámara de origen en cuanto a las mayorías que aprobaron el proyecto respecto de la otra Cámara.

La ley quedará aprobada según qué Cámara logre obtener la mayor cantidad de votos positivos respecto de sus miembros.



Audio 2

Luego de la aprobación de la ley en ambas Cámaras, sigue la **promulgación**. La promulgación de una ley es el acto por el cual el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento del proyecto de ley presentado por el Congreso, previamente sancionado.

Existen distintos tipos de promulgaciones:

- **Promulgación Expresa:** Se da cuando el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento del proyecto de ley presentado por el Congreso, mediante el dictado de un decreto, claramente promulgando la ley
- **Promulgación Tácita:** Conforme al artículo 80 de la Constitución Nacional, se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley no devuelto en el término de diez días hábiles útiles. Pasado ese lapso de diez días sin ser devuelto, se considera promulgado tácitamente.

A continuación, el **artículo 80 de la CN** dice: *Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.* Esto quiere decir que el Poder Ejecutivo tiene amplias facultades para promulgar de manera parcial el proyecto de ley, como determinados artículos, sin que esto altere el espíritu de la norma.

- **Promulgación obligatoria:** Desechado (o vetar) en todo o en parte de un proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo, éste deberá volver con sus objeciones a la Cámara de origen, y si lo confirma por mayoría de 2/3 de votos de sus miembros, pasa otra vez a la Cámara revisora. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación obligatoria. (**Artículo 83 de la CN**)

Después de la promulgación, sigue la **publicación** de la ley. Las leyes tienen que ser publicadas, una vez que son promulgadas, en el **Boletín Oficial** a los fines del conocimiento de todos los ciudadanos. La entrada en vigencia de la ley será a partir de los **8 días corridos** contados desde el momento en que fue publicada en el Boletín Oficial.

¿Hasta cuándo son vigentes las leyes? Las leyes estarán vigentes en una sociedad hasta que **derogación**, esto es, cuando se la deje sin efecto.

Las **formas** de **derogación** de una ley puede ser **por otra ley**: cuando la nueva ley estipula en su texto que tal ley se deja sin efecto. También se puede derogar una ley de manera **tácita**: cuando aparece una nueva ley que trata lo mismo que una ley ya existente (ley posterior deroga a ley anterior). Existe también la **autoderogación**, es decir, cuando la misma ley establece el tiempo por el cual estará vigente en la sociedad.

La **caducidad** de la ley es cuando la propia ley deja de tener vigencia porque se transforma en **letra muerta**. Esto quiere decir que la normativa no se acostumbra a los usos y costumbres de una sociedad y de esta manera pierde su fuerza jurídica.

Clase 18

Derecho Penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, (1ra parte, Art. 18 C.N)

Artículo 18: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.*

Ningún habitante de la Nación puede ser penado, esto es, que concluya un proceso penal con una sentencia, sin que previamente esta persona haya pasado por el proceso penal correspondiente. Y este proceso tiene que estar basado en una ley, la cual contempla la pena en caso de la realización de un delito, que es anterior a la realización del acto ilícito.

Este principio es una **garantía** reservada al proceso penal que implica una prohibición sobre la retroactividad de la ley penal.

El principio de legalidad tiene su origen o precedente en un principio general del Derecho Romano: *nullum crimen nulla poena sine lege*, que quiere decir **no hay delito ni hay pena sin ley previa**

Explicación de la primera parte del Artículo 18

Para que se pueda condenar o sancionar penalmente a un ciudadano, se deben cumplir las siguientes condiciones:

- a) Debe existir una **ley** dictada por el Congreso federal en **materia penal** que describa el tipo delictivo. Es decir, que establezca la conducta antijurídica y la sanción correspondiente para ese delito.
- b) La ley o el delito debe ser previo al hecho del proceso.
En esto se basa la **irretroactividad de la ley penal**. Todos los habitantes deben ser juzgados por los actos ilícitos que realicen conforme a las leyes anteriores a la comisión de los mismos.

La **excepción** está dada por el **artículo 2 del Código Penal**, el cual establece que, si llegase a aparecer una **ley posterior** al hecho delictivo que beneficie al reo, se aplicará siempre la más benigna.

Artículo 2 del Código Penal: *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.*

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

- c) Antes de ser condenado, es necesario que se respeten todas las **etapas** del juicio penal previo:

- Acusación
 - Defensa
 - Prueba
 - Sentencia
- } **Garantía del debido proceso**

Y este proceso se lleva a cabo ante los **jueces naturales** ordinarios que le corresponden a cada individuo según la jurisdicción en donde cometió el delito. El juicio no puede ser llevado a cabo en otra ciudad o provincia distinta.

Los particulares **no** pueden ser juzgados por comisiones especiales, sino por los jueces naturales.

- d) Este proceso debe concluir con una **sentencia** que debe estar **fundada** en una ley anterior al hecho del proceso y **motivada** → Debe ser producto de una conclusión razonada del juez luego de analizar todo el caso
- e) Hasta tanto no se dicte la sentencia, toda persona tiene la **presunción de la inocencia**. Además, existe un **principio general** del derecho que se aplica en el derecho penal: **indubio pro reo**, esto es, en caso de dudas respecto a las pruebas, testimonios o hecho en sí que se aportaron en el proceso penal o falta de claridad sobre la culpabilidad de la persona, obligadamente se lo debe **sobreseer**.

Audio 2

Explicación *in extensum* del proceso penal

En el proceso penal no existe la figura extrajudicial de la mediación ya que, al tratarse del ámbito del **derecho público**, estamos en presencia de relaciones de **subordinación** y no de coordinación como en el derecho privado. El juicio comienza directamente en la **primera instancia**.

La primera instancia no se llama de tal manera, sino que existen **juzgados criminales y correccionales de primera instancia** en donde interviene **un juez** (como sucede en la primera instancia civil).

La causa penal puede llegar a estos juzgados de primera instancia mediante una **querrela penal** (que es lo mismo que una demanda civil). En la querrela, el particular que se ve damnificado por un delito, denuncia o imputa ese hecho delictivo a una persona, describiendo el delito, imputa la responsabilidad penal y detalla los hechos correspondientes.

En el caso de que el delito se haya cometido en la vía pública, con intervención de las fuerzas policiales, los detalles del hecho quedan asentado en el **sumario policial**, donde se detalla los autos, antecedentes de las partes, los testigos. Una vez concluido el sumario, se eleva al juzgado de primera instancia.

A diferencia de lo que ocurre civilmente, el juez de primera instancia está vinculado con una fiscalía con la cual mantiene una interconsulta con un fiscal (no actúa y decide solo). El juez recibe la querrela penal y se la traslada la fiscal para que éste la analice. Si ambos deciden que la querrela no tiene sustrato judicial alguno, directamente se **deshecha** la acción penal.

Si el fiscal entiende que en esa querrela o sumario policial hay material suficiente para ameritar la ejecución de una conducta ilícita penal, decidirán en conjunto con el juez **continuar** con la investigación.

Si se acepta como válida la querrela o sumario, se prosigue con la **citación** del imputado (a quien se le atribuye que cometió el delito) a una **declaración indagatoria**. El imputado recibirá un telegrama para que se presente en el juzgado criminal y correccional de primera instancia para la indagación. En ese telegrama, además, estará escrito el **artículo** que constituye el delito que se le imputa. Si el imputado no comparece se lo va a buscar con la fuerza pública.

En la **declaración indagatoria**, el imputado puede negarse a declarar y **hacer silencio**, puede presentar un **descargo por escrito** o directamente responder las preguntas el juez. En cualquier circunstancia, la persona se tiene que presentar.

Después de que opera la declaración indagatoria, el juez tiene que **dictar una resolución** de lo que obtuvo del imputado. Así **finaliza** la primera instancia.

En la resolución el juez puede tomar **tres alternativas**:

- **Sobreseimiento:** Se entiende que el imputado no cometió el delito y se lo libera de culpa y cargo.
- **Falta de mérito:** Conforme al contenido querrela o sumario y lo que contestó el imputado, no existen los elementos suficientes como para sobreseerlo pero tampoco para procesarlo. Con la falta de mérito se dictamina que con las pruebas colectadas, las que se encuentran en la querrela y lo que contestó en la indagatoria carecen de fuerza jurídica para continuar el proceso. El resultado es el sobreseimiento.
- **Procesamiento:** Con todo el material observado en la querrela y la indagatoria, es dable que el imputado haya cometido el delito y así se lo procesa. El imputado pasa a ser **procesado**. Una persona es procesada cuando hay semiplena prueba del delito que cometió. Asimismo, todavía **no es culpable**.

El procesamiento **no** tiene por qué implicar **prisión preventiva** porque, en principio, la privación está dada por la sentencia firma dictada por un juez. Sin embargo, se puede dictar la prisión preventiva luego de la declaración del imputado, si existe una posibilidad de que el imputado se fuge del país o entorpezca el curso ordinario de la investigación.

Por encima de los juzgados criminales y correccionales de primera instancia, y como sucede en materia penal, se encuentra la **Cámara de apelaciones criminal y correccional**.

Si una persona es procesada en primera instancia, ésta puede plantear, en el mismo juzgado, la **apelación** para el sobreseimiento y la institución tendrá que elevarla a la Cámara. La Cámara está compuesta por varias **salas** y cada sala está compuesta por **3 jueces**. Estos jueces pueden estar de acuerdo por el juez de primera instancia o pueden cambiar la condición del procesado y sobreseerlo.

Cabe aclarar que, si el juez declara el sobreseimiento del imputado o falta de mérito, el **querellante** también puede apelar a la decisión en la Cámara de apelaciones.

Si la Cámara de apelaciones **confirma** el procesamiento de la primera instancia, comienza segunda etapa que es el **juicio oral** en los **Tribunales Orales Criminales**.

Si se trata de un delito que tiene como pena bajo tiempo de prisión o si el procesado no tiene antecedentes penales, su abogado puede solicitar al fiscal que se le conceda la **probation**. Con este recurso se admite la culpabilidad del procesado, pero evitar todo el proceso penal y sustituye la privación de la libertad con **tareas comunitarias** y **pagar** una indemnización al damnificado. El pago de la indemnización es un requisito obligatorio para terminar el proceso penal, si no lo pago el proceso continúa.

Como en las indemnizaciones en materia penal son muy bajas en comparación con las que contempla el Código Civil y Comercial, el damnificado puede oponerse monto fijado por el juez en concepto de reparación del daño y con la **probation** puede iniciar un juicio civil por daños y perjuicios.

Si a una persona se le admite el recurso de **aprobation**, la misma no podrá cometer ningún delito por el término de **8 años**. Además, estará bajo el servicio del Patronato de Liberados y todos los meses tendrá que ir a demostrar las horas trabajadas. El Patronato manda la constancia al **Juzgado de ejecución** que es quien se encargará por velar el cumplimiento de la **probation**.

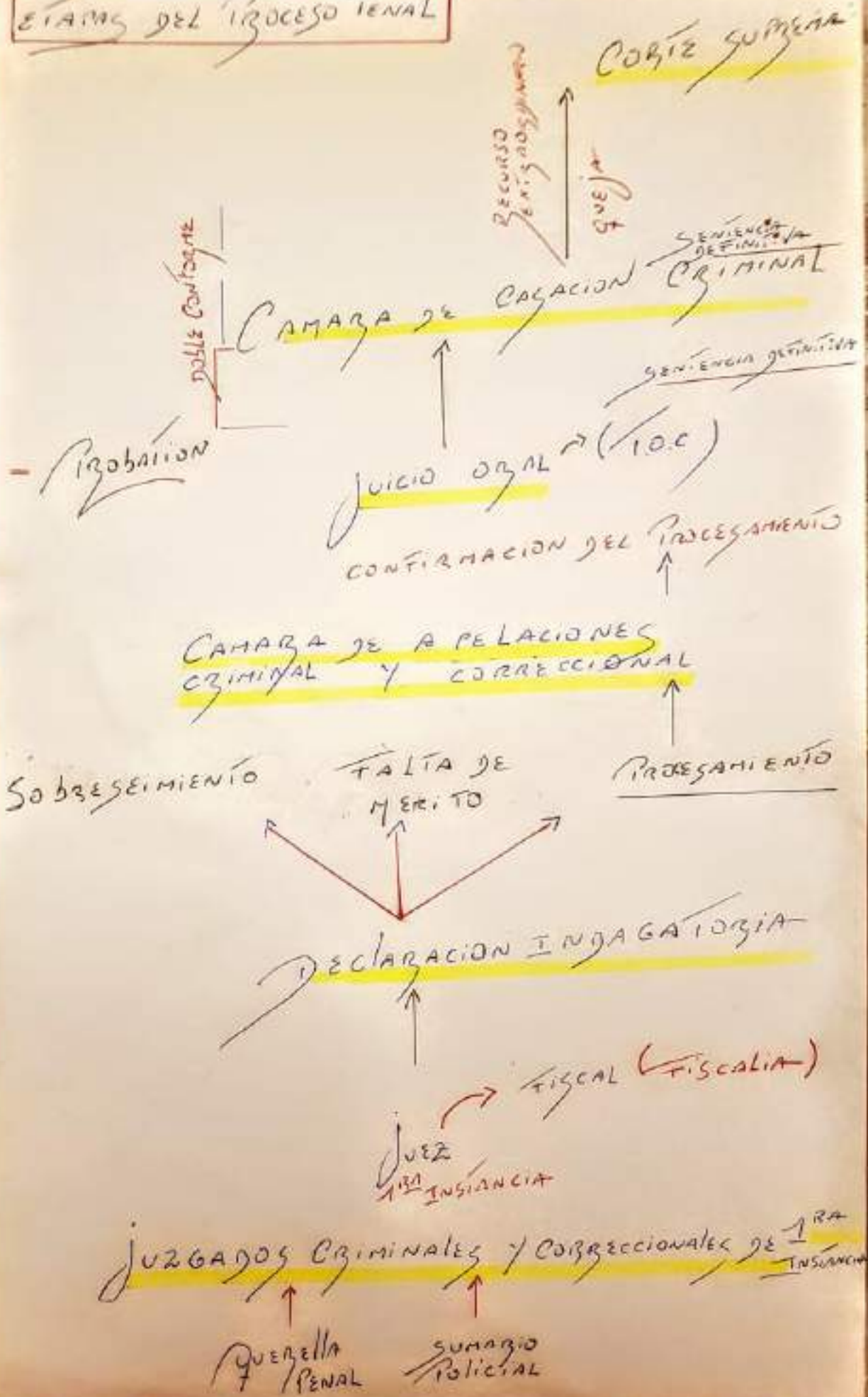
Si **no prospera** la **probation**, se desarrolla todo el juicio oral. Esto contempla el análisis de las pruebas, la presentación de testigos, la participación de peritos explicando cómo se desarrolló el delito, expertos médicos y psiquiátricos. Con todo esto, el tribunal oral tendrá que dictar una **sentencia** la cual es **definitiva**.

A pesar de que es definitiva, si el procesado no está de acuerdo, la sentencia puede ser apelada en la **Cámara de Casación Criminal**, compuesta por sala y tres jueces en cada una de ellas.

Cuando el procesado apela la sentencia del tribunal oral, lo hace en ese tribunal y éste la eleva la Cámara de Casación.

Los 3 jueces de la Cámara de Casación Criminal dictarán una **sentencia**. Si la misma coincide con la del tribunal oral (culpabilidad), se configura lo que se llama **dobles conforme** (cuando coinciden en la decisión). Si se da esta situación, la persona es directamente **privada de su libertad**. Si bien existe esta sentencia, la persona aún goza de la **presunción de inocencia** ya que aún todavía puede ir a la Corte Suprema. Como sucede en el ámbito civil, si una persona condenada no está de acuerdo con la resolución de la Cámara de Casación, puede plantar **recurso extraordinario**, para que este expediente lo resuelva la **Corte Suprema**. Si se le **niega** el recurso extraordinario, paga **\$100.000** y el expediente llega obligadamente a la Corte.

ETAPAS DEL PROCESO PENAL



1era Parte: COSTUMBRE

CLASES DE COSTUMBRE: SECUNDUM LEGEM, PRAETER LEGEM/ CONTRA LEGEM O DESUETUDO

Audio 1

La **costumbre** es la reiteración de una conducta de forma uniforme y constante por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que dicha forma de actuar responde a una necesidad jurídica y, en caso de incumplimiento de esa conducta, recibirán una sanción.

Los **elementos** de la costumbre verifica **dos elementos**:

- **Objetivo o material:** El elemento objetivo está conformado por las características de la conducta que reclama ser reconocida como costumbre. En efecto, esta conducta debe ser **uniforme, frecuente, constante, general y duradera**. En cuanto a la **uniformidad**, se entiende por tal al comportamiento unívoco y homogéneo del cuerpo social pertinente. Con **frecuentes** se pretende verificar que sean repetidos en un número significativo por los componentes del grupo. Además, la repetición de actos uniformes debe ser **constante**; esto es, no interrumpida por otros actos que pongan en tela de juicio la categoría de costumbre que se esgrime. La **generalidad** de la conducta remite a que ésta sea experimentada por toda la comunidad involucrada en ella. La necesidad de que la conducta sea **duradera** o que se extienda en el tiempo es lo que permite comprobar todos los demás aspectos que se vinculan con este elemento objetivo.
- **Subjetivo:** El elemento subjetivo, lo conforma el aspecto psicológico-colectivo por el cual el cuerpo social se comporta objetivamente de una determinada manera, con la convicción de que tal conducta da una respuesta adecuada a una necesidad jurídica (*opinio juris et necessitatis*). Ello implica que cada miembro de la comunidad considere que, de no respetar la práctica difundida de la manera expuesta, se expone a una sanción.

Tipos de costumbre en el derecho privado

Costumbre “secundum legem”: Es la costumbre que encuentra su propia vigencia en una norma positiva o ley. Su carácter vinculatorio no es el efecto derivado de su propia fuerza psicológica (elemento subjetivo), sino que proviene de la ley.¹⁸ En tales consideraciones, la ley convoca a la costumbre para darle solución al caso, en una “actitud delegante.

- *Pago del alquiler en los plazos fijados por los usos del lugar, a falta de convención.*
- *La locación de servicios, a falta de convención, rige el precio de costumbre.*
- *El uso a que puede destinarse la cosa alquilada por la costumbre del lugar*

Costumbre “praeter legem”: Es la costumbre que se constituye en el derecho aplicable en situaciones no previstas por norma escrita alguna. Se presenta en situaciones de “lagunas legislativas”; razón por la cual es considerada como fuente originaria del derecho.

- *Nombre de la persona cuando no existía la ley 18.248 que regulaba el nombre.*
- *Servicio doméstico*
- *Sepulcros*

Costumbre “contra legem”: Es la costumbre que entra en oposición con alguna disposición legal.

- *Retención del DNI en comercios hasta que devuelvan el bien prestado.*
- *Participar u organizar peleas de perros o gallos.*
- *Que el colectivo arranque cuando todavía los pasajeros no terminaron de abonar el boleto*

Audio 2

Régimen jurídico de la costumbre

Primeramente, la costumbre estaba regulada en el **artículo 17** del **Código Civil de Vélez**

Artículo 17: *Las leyes no pueden ser derogadas, en todo o en parte, sino por otras leyes. Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.*

Con la primera parte, el artículo hacía alusión a que la **costumbre contra legem o desuetudo** no tenía validez en el derecho positivo.

Con la segunda parte, establecía que la única costumbre que tenía validez era aquella amparada por la ley, es decir, la **secundum legem**. Respecto a esta costumbre, entraba en **conflicto** con el **artículo 19** de la **Constitución Nacional, segunda parte:** *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe* (Principio de reserva), es decir, entra en discusión si un particular está sometido al cumplimiento de una costumbre ante la obligatoriedad y supremacía de la ley como fuente del derecho para el accionar de las personas.

Con la entrada en vigencia de la **ley 17.711** en **1968** deroga la primera parte del artículo 17 del Código de Vélez. Al eliminar esta parte, queda al criterio del intérprete, determinar si una costumbre *contra legem* tiene validez o no. En principio, se da la posibilidad de la aplicación de esta costumbre.

Además, la modificación de la ley viene a establecer que la costumbre también tiene validez cuando es *praeter legem*.

De esta manera, se incorporan las **tres modalidades** de la costumbre.

En el **Código Civil y Comercial**, el artículo 17 como tal ya no existe y la costumbre se incorpora en el **artículo 1 in fine**

Artículo 1: *Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Esta parte establece que la costumbre son vinculantes (obligatorias) cuando ésta sea reconocida por el derecho (costumbre *secundum legem* como en Vélez y la ley 17.711) y en situaciones no regladas por la ley (costumbre *praeter legem*) siempre y cuando no sean contrarias al derecho, es decir, expresamente niega la validez de la *contra legem*

Audio 3

Anexo Jurisprudencia

Por jurisprudencia se entendía al conjunto de sentencias que tratan un mismo tema jurídico en particular, tales como jurisprudencia sobre abuso de derecho, sobre lesión subjetiva, etc.

La jurisprudencia son los distintos fallos de las salas que componen la **Cámara de Apelación** ya que estos fallos son sobre cosa juzgada, son **definitivos** (a pesar de la excepción de poder apelarse por recurso extraordinario).

Este tipo de jurisprudencia es **no plenaria**, esto quiere decir que **no es vinculante** para los jueces; no están obligados a fallar en la misma dirección que un fallo anterior al caso sobre la misma materia.

Independientemente del origen o de donde provino, la jurisprudencia puede ser:

- **Extensiva:** Cuando **agrega** al contenido de la ley situaciones no expresadas textualmente en ella.
- **Restringida:** Cuando se **excluye** de la ley situaciones contempladas en ella
- **Deformante:** Cuando **cambia** el sentido de una norma legal por otra
- **Derogatoria:** Cuando **crea** un nuevo régimen para una situación determinada, dejando de lado el establecido por la ley.

Fuente material del derecho

Doctrina

La doctrina de los autores es la opinión de los distintos juristas sobre temas de derecho.

BUSCAR PRINCIPALES DOCTRINARIOS EN MATERIA CIVIL A LO LARGO DE LA HISTORIA

(Llambías, Cifuentes, Bordas, Rivera)

Para muchos, la doctrina, en la ciencia del derecho, juega el mismo papel que la opinión pública en la política ya que **orienta** la interpretación que cuadra efectuar del derecho y **prepara**, por su labor crítica y el valor de su enseñanza, cambios en la legislación y jurisprudencia.

Si bien la doctrina es una fuente materias o científica, sirve para que eventualmente los jueces recurran a doctrinarios porque ya que muchas veces carecen de información sobre una nueva legislación o interpretación de la ley.

Audio 4

Otra fuente material: Principios generales del derecho

Constituyen el origen o fundamento de las normas.

Artículo 15: *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*

Artículo 16: *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

Los principios generales del derecho son:

- **Summun ius summa iniura:** El exceso de derecho provoca la mayor falta de derecho.
- **Pacta sunt servanda:** Los contratos se celebran para ser cumplidos.
- **De minimis not curat preator:** El juez no puede ser llamado para casos jurídicos intrascendentes o irrelevantes.
Esto es cuando se amerita un daño en un particular o una alteración al orden público
- **Iuria curia novit:** El juez es el único dotado de la facultad específica de administrar justicia aplicando e interpretando la norma para resolver los conflictos de los particulares, sin embargo,

debe pronunciarse sobre el tema que éstos – las partes – han planteado, sin transgredir, ignorar o modificar lo pedido

- **Forum rei sitae:** Las acciones reales sobre un inmueble se rigen por la ley de la jurisdicción donde está aplicado.
- **Nullum crimen nulla poena sine lege:** No hay delito ni hay pena sin ley previa
- **Indubio pro reo:** En caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (reo).
- **Non bis in idem:** Nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito

Otro principio: Equidad

Es el versión inmediata y directa del derecho natural; en otras palabras, es el derecho natural interpretado objetivamente por el juez.

Es un criterio de objetividad absoluta que tiene que tener un intérprete (juez) cuando va a fundamentar una sentencia.

La equidad fue incorporada a la legislación por la **ley 17.711** en el **artículo 907**

Artículo 907 Código Vélez (sin modificación): *Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.*

Si un menor de 10 años o un incapaz provoca un daño, en principio no puede responder porque, en principio, no comprende o no tiene tal discernimiento para entender el acto que generó el daño. Sí responde si se comprueba que efectivamente se benefició.

Con la **ley 17.711** se agrega:

Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Establece que, aunque la persona no tenga el discernimiento, no excluye de indemnizar al damnificado si tiene bienes patrimoniales.

Actualmente, en el **Código Civil y Comercial**, se encuentra contemplada en el **artículo 1742:**

Artículo 1742: *Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.*

Última fuente del derecho material: Derecho comparado

El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de legislaciones positivas vigentes en distintos países.

Para algunos autores, el derecho comparado es una disciplina auxiliar del derecho nacional positivo que contribuye a reforzar las soluciones de éste o insinuar cambios. Se trata de estudiar principalmente, en una o varias legislaciones dadas, el funcionamiento de la institución en la cual se busca inspiración a fin de examinar de cerca la organización práctica, pesar las ventajas e inconvenientes y preguntarse cuáles han sido los resultados adquiridos.

Clase 20

Persona

Audio 1

1ra parte: Situaciones y Relaciones Jurídicas

La **relación jurídica** es el **vínculo** interpersonal, en el marco del derecho privado, regulado por el derecho positivo que tiene la característica de ser **dinámico y variable** que las partes pueden ejecutar modificaciones respecto a la concatenación de relaciones que tienen entre ellos.

Ejemplo: Los contratos, las indemnizaciones por daños y perjuicios donde se firma un acuerdo para reparar el daño de una a de las partes.

Las **situaciones jurídicas** estipula un **vínculo estático y rígido** que está organizado por la ley y tiene carácter institucional. Los particulares no pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad dado ese carácter institucional, tienen que ejercer las prerrogativas que la ley les otorga, en el contexto y la finalidad que la ley impone.

Ejemplo: El matrimonio. Cuando las personas contraen este tipo de vínculos, se deben someter a las disposiciones que establece el Código Civil y Comercial conforme a esa materia. No existe la posibilidad de modificar de común acuerdo alguna de las imposiciones que la legislación establece.

Los derechos reales. La existencia de la potestad o poder de una persona sobre una cosa, y el hecho de ese vínculo esté regulado por el derecho, no le permite hacer lo que quiera con la cosa. La forma de adquisición, de ejercicio y de transmisión están estipuladas por ley.

Elementos de las situaciones y relaciones jurídicas

- **Sujeto activo:** es el **titular** del derecho subjetivo
- **Sujeto pasivo:** es a quien le corresponde el **deber** correlativo, quien contrae la obligación
- **Objeto:** Es la conducta que debe realizar el sujeto pasivo en favor del sujeto activo que implica una **obligación** de dar, de hacer o de no hacer para el caso de las **relaciones jurídicas**. Para las **situaciones jurídicas**, y dada la teoría del sujeto pasivo universal, la obligación es la abstención y no entrometerse es la prerrogativa del sujeto activo.
- **Causa:** Es el **hecho** que dio origen a la situación o relación jurídica.

En toda relación jurídica, **derecho** y **deber** son **correlativos**: el derecho es la **prerrogativa** o **facultad** que tiene el sujeto activo y el **deber** es la obligación que asume el deudor.

Audio 2

Sujetos de la situación o relación jurídica – Persona

En el **Código Civil y Comercial – Ley 26.944** no estipula qué es la persona. El **Código de Vélez** sí daba un concepto:

Artículo 30: *Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.*

Vélez menciona la palabra **ente** porque existen **dos tipos** de personas en el mundo del derecho: **persona humana** y **persona jurídica**. De esta manera, con este se engloba a ambas categorías.

Esta persona, para hablar como tal, tiene que tener la **aptitud** de adquirir derechos o contraer obligaciones. Esto quiere decir que, en las situaciones o relaciones jurídicas, la persona puede ser **sujeto activo** o **sujeto pasivo**.

Esta **aptitud** de las personas se llama **capacidad**.

Régimen jurídico de la persona humana

El Código Civil y Comercial no define qué es la persona humana, se parte del Código de Vélez

Artículo 51 Código de Vélez: *Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.*

Para Vélez, la persona humana era aquella que, al nacer, verificaba los caracteres propios del ser humano persona. En la antigüedad, y en otras legislaciones, se asociaba el concepto de persona con aquellos individuos que presentaban un cuerpo normal y corriente; si alguien nacía sin alguna extremidad o mal formación no era considerado como tal.

Audio 3

Grados de parentesco

Los **parientes** de la persona humana se dividen en **grado** y **líneas**. Los grados pueden ser en línea ascendente o descendente y colaterales, y habrá tantos grados como saltos generacionales haya de un individuo al otro.

Las **líneas de parentesco** pueden ser por:

- **Consanguinidad:** parentescos existentes respecto de la propia familia. Vínculos que existen entre los descendientes y ascendientes de un progenitor en común (ejemplo: Bisabuelos, abuelos, padres, hijos, nietos, biznietos...)
- **Afinidad:** Parentesco que se forman a través del matrimonio. Vínculos que cada cónyuge adquiere con los parientes consanguíneos del otro (ejemplo: Suegros, yernos/nueras, cuñados, ...)

Grados de parentesco: Cada grado es una generación y la sucesión grados forma la línea de sucesión. Los grados se pueden medir en línea recta (ascendente o descendente) o colateral.

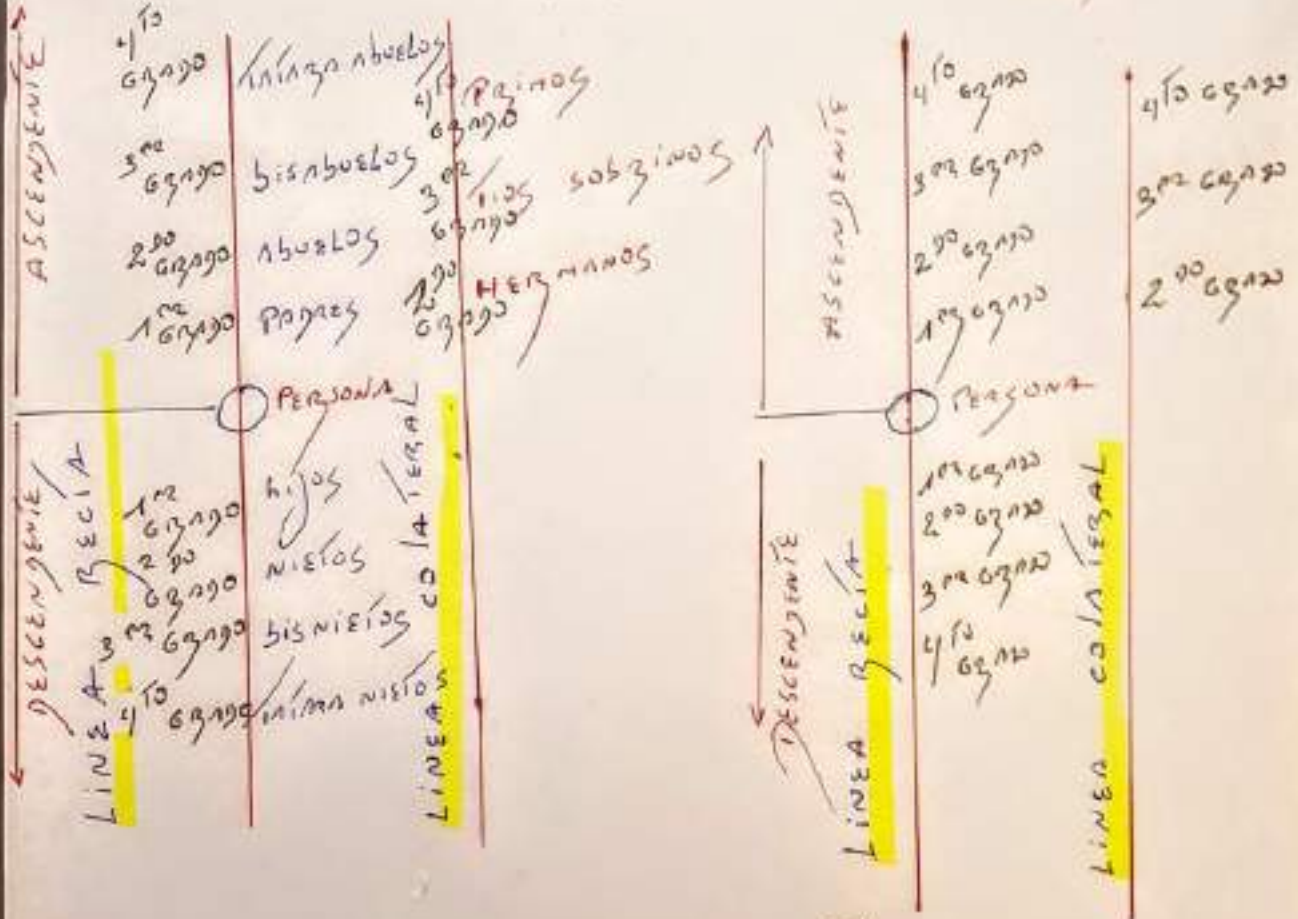
- **En línea recta o directa:** cada generación cuenta como un grado. La línea recta puede ser ascendente o descendente.
- **En línea colateral:** Los grados entre parientes cuentan por generaciones en línea ascendente desde el primer pariente hasta el tronco común y después se sigue contando por línea descendente hasta llegar al otro pariente.

En caso de **hijos de matrimonios anteriores**, éstos constituyen **hijos unilaterales**.

GRADOS DE PARENTESCO

PARENTESCO
Por consanguinidad
 (Grados)

PARENTESCO
 Por
Afinidad
 del
 cónyuge



EL MATRIMONIO DE LA PERSONA
 LE PERMITE ADQUIRIR EL PARENTESCO
 DEL CONYUGE Por Afinidad

LOS CONYUGES NO SON PARENTES

Audio 5

Evolución de la existencia de la persona humana

El **Código de Vélez** del año 1869 estipula en el **artículo 63**, respecto de las personas por nacer:

Artículo 63 Código Vélez: *Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.*

Y el **artículo 64:**

Artículo 64 Código Vélez: *Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.*

Con el comienzo de la persona humana, puede adquirir derechos y bienes patrimoniales por donación o herencia.

Derechos patrimoniales que pueden adquirir las personas por nacer

- **Bienes adquiridos por donación o herencia:** como lo contempla el artículo 64 del Código de Vélez
- **Bienes adquiridos por vía de legado:** El **artículo 3733** dice: "*Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos*".
- **Bienes que se adquieren por el cargo impuesto a un tercero:** El cargo es la obligación accesoria que se impone al adquirente de un derecho gratuito. Por tanto, si alguien efectúa una enajenación gratuita de bienes a favor de otro, imponiéndole el cargo de satisfacer una cierta prestación a una persona por nacer, ésta adquiere el beneficio correspondiente que para ella constituye una liberalidad.
- **Alimentos:** La persona por nacer tiene derecho a reclamar alimentos de sus parientes que sean deudores de la respectiva prestación.
- **Daños y perjuicios por acto ilícito cometido contra sus parientes:** La persona por nacer puede resultar damnificada por el hecho ilícito de que fuere víctima un tercero, y en tal caso tiene acción contra el responsable para obtener el resarcimiento del daño.
- **Daños y perjuicios por actos ilícitos cometidos contra ellos:** La persona por nacer puede ser directamente damnificada por un acto ilícito y por aplicación de los principios generales debe admitirse su acción por resarcimiento del daño.
Ejemplo: Caso de la Suprema Corte de Ottawa: Una mujer embarazada sufrió un accidente y a consecuencia del mismo dio a luz anticipadamente un niño con los pies deformes por causa del accidente. El tribunal hizo lugar a la acción interpuesta por el damnificado contra el responsable del accidente
- **Derechos emergentes de leyes sociales:** Las pensiones que en caso de muerte del trabajador conceden las leyes a favor de sus hijos no distinguen entre nacidos o concebidos. Por tanto, las personas por nacer son titulares de tales derechos, ya en concurrencia con sus hermanos, ya a título exclusivo si no hay otros beneficiarios de la pensión.
- **Derechos accesorios a los bienes del concebido:** Las personas por nacer tienen a su favor los derechos que sean accesorios a los bienes recibidos por cualesquiera de las causas precedentes.
Ejemplo: Si la persona por nacer heredase una casa de renta, será titular de los derechos que competen al locador respecto de los inquilinos.

Artículo 21: *Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.*

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

Cabe destacar un derecho que, si bien no tiene contenido económico, es importante: **derecho de filiación**. Esto es el caso de una persona embarazada y exige el reconocimiento de paternidad del padre biológico; la madre, en representación de la persona por nacer, puede iniciar acciones de filiación, que da lugar a una prueba de ADN. Si el presunto padre no se presenta a la prueba solicitada por la justicia, se considerará que efectivamente lo es.

Audio 6

Obligaciones de las personas por nacer

La persona por nacer, al ser justamente una persona y gozar de la capacidad de adquirir derecho y contraer obligaciones, en principio sí podría contraer. A la conclusión que llegó la doctrina y la jurisprudencia es que efectivamente puede contraer obligaciones de manera **indirecta**, es decir: cuando los bienes que le donan son de tal **magnitud patrimonial** que tienen inserto dentro de ellos obligaciones (empresa, fábrica, inmueble).

Aclaración – Pág 31.

La **condición jurídica** de las personas por nacer es **imperfecta o condicional**. Esto es, los derechos patrimoniales que pueden llegar a recibir a través de sus representantes, están sujetos a que nazca efectivamente con vida

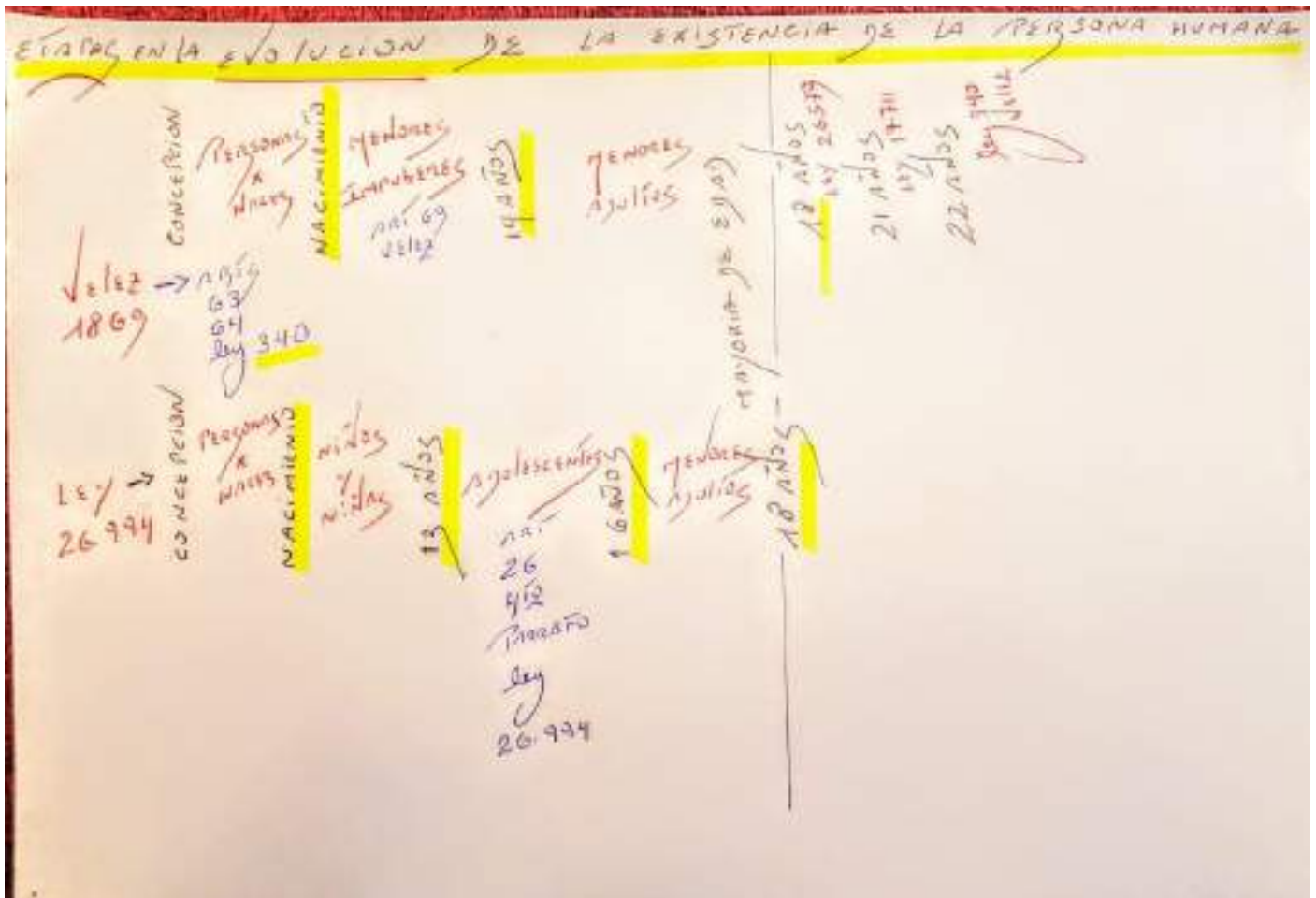
Continúa explicación de la evolución de la existencia de la persona humana

Tanto Vélez como el Código Civil y Comercial reconocen que desde la concepción hasta el nacimiento la persona humana se denomina **persona por nacer**.

Las diferencias se encuentran a partir del nacimiento: Para **Vélez**, desde el **nacimiento** y hasta los **14 años**, la persona humana se llama **menor impúber** (aquellos que ya habían nacido pero que no cumplieron los 14 años, cuentan con la representación de sus progenitores). A partir de los **14 años** y hasta los **22 años**, eran considerados **menores adultos**. De los 22 en adelante ya son **mayores de edad**

La **ley 17.711** modifica el Código Civil baja la edad y establece la mayoría de edad a los **21 años**. Y la **ley 26.579** baja la edad a los **18 años**.

En el **Código Civil y Comercial** estipula lo mismo: desde el **nacimiento** y hasta los **13 años**, las personas humanas serán considerados **niños y niñas**. Desde los **13 años** y hasta los **16 años** se llamarán **adolescentes**. Entre los **16 años** y hasta los **18 años** que es cuando alcanzan la mayoría de edad, el Código Civil y Comercial no establece nada, supletoriamente se usa la definición del Código de Vélez y son considerados **menores adultos**.



Viabilidad

La viabilidad es la aptitud para prolongar la vida en el tiempo. Muchas legislaciones estipulaban que los nacidos, para poder adquirir los derechos patrimoniales, no sólo tenían que nacer con vida sino que además tenían que ser **viabiles**, esto es, no tenían que verificar ningún tipo de imposibilidad de prolongar su vida por un vicio orgánico o por nacer antes de tiempo.

De esta manera, los requisitos para que los derechos queden irrevocablemente adquiridos eran **dos**: **nacimientos con vida** de la persona humana y la **viabilidad**.

Por su parte, **Vélez** no compartió esta postura. Así se lo observa en el **artículo 72**

Artículo 72: *Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer o por nacer antes de tiempo.*

Bastaba con que la persona naciera un instante con vida, la viabilidad de la persona no era una cuestión de derecho, era algo que excedía al mismo, y estaba todo derivado de Dios y el derecho natural.

Capacidad

La **capacidad** es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. La **capacidad** se subdivide en **dos**: la **capacidad de ejercicio** y la **capacidad de derecho**.

Capacidad de ejercicio:

Artículo 23: *Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*

Sujetos incapaces de ejercicio

Artículo 24: *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

- a) *La persona por nacer*
- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*
- c) *La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

En relación al inciso c)

Artículo 32: *Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Capacidad de derecho:

Artículo 22: *Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*

Para Vélez: no hablaba de **incapacidad de ejercicio**, sino de **incapacidad de hecho**. Los incapaces de hechos se dividían en **dos**:

- **Incapaces de hecho absoluto (art. 54 Cód. Vélez):** No podían ejercer ningún derecho por sí mismo, por más que tengan la titularidad. Siempre necesitaban de la representación de sus padres, curadores o Ministerio Público. Comprendía a las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que saben darse a entender por escrito.
- **Incapaces de hecho relativo (art. 55 Cód. Vélez):** Eran aquellos que en principio no podrían ejercer ningún derecho por sí mismo, pero existían ciertos derechos que paulatinamente podían ejercer. Comprendía a la mujer casada (potestad marital) y los menores adultos.

Caso de partos múltiples

El Código Civil y Comercial no contempla el caso de un parto que nazcan más de una persona. El **Código de Vélez** establecía:

Artículo 88: *Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores.*

El artículo establece que quien nace primero tiene mayores privilegios que el resto de los nacidos en el mismo parto, ni tampoco goza de prioridad alguna para la adquisición de derechos.

Audio 7

Subrogación de vientre

Ver caso en el PDF de la clase

Caso: Tribunal: Juzgado de Familia nº 7, Viedma (JFliaNro7) (Viedma)

Hechos: Un matrimonio conformado por dos hombres solicitó una autorización judicial para la implantación de sus embriones logrados mediante la técnica de ovodonación en el vientre de una mujer que se había ofrecido como portadora y gestante. El juez hizo lugar a la petición.

Esta pareja, luego de 14 años de convivencia, tenían la voluntad procreacional y contaba con el consentimiento de una amiga (que ya había tenido hijos anteriormente). Le solicitan al juez que homologue el acuerdo que habían celebrado con la mujer por el cual se comprometía a asumir el rol de gestante del embrión.

Antes del fallo y la autorización del juez que homologaba el acuerdo entre las partes, la mujer tuvo que ser sometida a una serie de evaluaciones y pericias para analizar la capacidad de la gestante para tener hijos y en qué ámbito social se desarrollará el embarazo. Además, no puede ser gestante una mujer que no tuvo hijos anteriormente a la subrogación de vientres.

A partir de este caso, el principio general del derecho ***mater semper certa est: toda mujer embarazada se presume madre*** opera la caducidad de este principio ya que no es posible reputar que toda mujer embarazada sea madre. Actualmente surge la figura de **gestante**.

Este tipo de subrogación de vientre es **altruista**, la gestante va a recibir una compensación económica, pero esta ciertamente restringida a ciertos conceptos económicos: molestias físicas, gastos médicos, lucro cesante.

Clase 21

Muerte – Fin de la existencia de las personas

Muerte desde un punto de vista biológico o científico

Originariamente, se entendía que la muerte de las personas operaba en un instante. Sin embargo, luego de hechos que se verificaron en cementerios o mausoleos al abrir los cajones y encontrar rasguños, toda vez que habían sido enterrados sin esperar el tiempo prudencial para certificar que la muerte había sido tenida como cierta, se comienza a tomar recaudos para certificar que efectivamente la persona hubiera fallecido. De esta manera, se entiende que la muerte no es un proceso que opere en un instante.

Consecuentemente, la **ley 24.193** estipula los requisitos que se deben tener en cuenta para declarar que una persona ha fallecido. Es decir, cuando a una persona se la presume como fallecida, previo a su declaración como tal, corresponde que al cuerpo se lo ubique en una situación (camilla) y se lo observe por un plazo de **6 horas** ininterrumpidas cómo responde.

Las **manifestaciones del cuerpo** que permite la declaración de muerte de la persona son:

- Ausencia de respuesta cerebral
- Pérdida absoluta de la conciencia
- Ausencia de la respiración
- Las pupilas deben ser no reactivas, es decir, no debe pestañear
- Inactividad encefálica

Más allá de tener que esperar estos signos durante seis horas para poder ameritar la muerte de una persona, ésto no se aplica si se está en presencia de un **paro cardiorrespiratorio irreversible** ya que se declara directamente como fallecida.

Otro hecho o característica que delata que la persona ha fallecido: **Rigor mortis**. El **rigor mortis** es la **característica** que presenta el cuerpo de una persona efectivamente fallecida, que luego de operar entra las **3 y 12 horas** de su fallecimiento, de un cambio químico en los **músculos** que causa un estado de **rigidez e inflexibilidad** en las extremidades y una dificultad para mover o manipular el cadáver.

Clínicamente, desde el punto de vista de la medicina, es menester que la persona verifique un **paro cardiorrespiratorio irreversible**; esperar 6 horas y analizar las **manifestaciones corporales** o la presencia del **rigor mortis** para declararla muerta.

Muerte desde el punto de vista jurídico

Para el derecho, la muerte es un **hecho jurídico natural** con el cual culmina la existencia de la persona humana.

Primeramente, **Vélez** definía a la muerte de las personas físicas:

Artículo 103: *Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas.*

Es de notar que la calidad **natural** de la muerte no queda excluida en los casos de muerte violenta, en que igualmente ese hecho pone término a la existencia de la persona y afecta consiguientemente a las relaciones jurídicas que ella tenía constituidas. El calificativo **natural** se opone a la llamada **muerte civil**, a la que continúa refiriéndose aquella disposición.

Por **muerte natural** se entiende por muerte propia del ser humano. No así significa muerte por vejez o decrepitud o por alguna enfermedad terminal.

Tampoco se excluía a la **muerte violenta**, por ejemplo, si una persona muere en un accidente

automovilístico. A los efectos del artículo, también se consideraba muerte natural ya que se trataba de una persona física.

Por **muerte civil** se entiende a la sanción que se le aplicaba a la persona como consecuencia de haber cometido un **delito de trascendencia**.

La antigua legislación española que estaba en vigor al tiempo de producirse la sanción del Código Civil, admitía como otra causa de extinción de la personalidad jurídica de los seres humanos, además de la muerte efectiva, la llamada **muerte civil**, que alcanzaba a título de pena a los **condenados a deportación o a cadena perpetua**, y también a los **religiosos profesos** por la incidencia del voto religioso en la vida civil. El muerto civilmente era reputado fallecido para todos los efectos civiles: de ahí que se abriera la sucesión de sus bienes y se los adjudicara a sus herederos legítimos o testamentarios; de ahí también que se tuviera por disuelto el matrimonio civil y se autorizara al otro cónyuge a celebrar nueva unión.

En el **Código de Vélez** la muerte civil **no estaba autorizada**.

Respecto al **Código Civil y Comercial – Ley 26.994**, la muerte estaba contemplada en el **artículo 93**:

Artículo 93: Principio general. *La existencia de la persona humana termina por su muerte.*

Prueba de la muerte

La forma de acreditación de la muerte de la persona, luego de verificarse algunos de los **tres casos** mencionados arriba, es mediante un profesional o médico extienda un **certificado de defunción**. En este certificado, que se emite en presencia del cadáver, si debe individualizar:

- a) Nombre de la persona
- b) Documento de identidad
- c) Domicilio
- d) Razón del fallecimiento: hecho que culmina la vida de la persona
- e) Indicar día y hora de la muerte. Este elemento es el más **relevante** porque, en ese instante que opera el fallecimiento, se verifica la **transmisión hereditaria**

El certificado corresponde presentarlo en el **Registro de Capacidad y Estado de las Personas**. En este registro se encuentran los libros de nacimientos y de fallecimientos de todas las personas del país. El certificado será transcrito al libro último para constar legalmente que la persona murió. Una vez realizada la transcripción, los herederos deberán de presentarte ante esta institución solicitando la **partida de defunción**, que es el puntapié inicial para comenzar el **juicio sucesorio**. La **partida de defunción** no es más que una **copia** que le extiende el Registro a los herederos del libro de fallecimientos donde quedó asentada la muerte de la persona.

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

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

Sucesión: La sucesión en el derecho implica la transmisión de bienes (derechos y cosas) de una persona a otra. Esa transmisión (denominada por el Derecho sucesión) puede darse por actos **entre vivos**, en dónde los efectos del acto de transmisión operan sin la necesidad de que se verifique la muerte de una de las partes, como por ejemplo: La compra venta, la permuta, la donación, etc. Y otras veces la transmisión de bienes opera cuando se da el fallecimiento de una persona (en este caso denominado: causante). En éste supuesto estamos en presencia de la **sucesión mortis causa**, que a su vez puede ser: **a) sucesión mortis causa abintestato o legal**: la que se verifica cuando el causante no ha dejado testamento, correspondiendo

que el juez, mediante el **acto de declaratoria** de herederos determine quiénes son los herederos que recibirán sus bienes y **b) Sucesión mortis causa testamentaria:** que se da en los casos en que el causante, previo a su fallecimiento, hubiera dejado un **testamento** legando puntualmente el traspaso de sus bienes a beneficiarios determinados, en cuyo caso corresponde que el juez ordene abrir el testamento e individualizar los beneficiarios del mismo, se proceda a la entrega de los bienes del causante

Audio 2

Proceso sucesorio

Sucesión: La sucesión en el derecho implica la transmisión de bienes (derechos y cosas) de una persona a otra. Esa transmisión (denominada por el Derecho sucesión) puede darse por actos **entre vivos**, en donde los efectos del acto de transmisión operan sin la necesidad de que se verifique la muerte de una de las partes, como por ejemplo: La compra venta, la permuta, la donación, etc. Y otras veces la transmisión de bienes opera cuando se da el fallecimiento de una persona (en este caso denominado: causante). En éste supuesto estamos en presencia de la **sucesión mortis causa**, que a su vez puede ser: **a) sucesión mortis causa abintestato o legal:** la que se verifica cuando el causante no ha dejado testamento, correspondiendo que el juez, mediante el **acto de declaratoria** de herederos determine quiénes son los herederos que recibirán sus bienes y **b) Sucesión mortis causa testamentaria:** que se da en los casos en que el causante, previo a su fallecimiento, hubiera dejado un **testamento** legando puntualmente el traspaso de sus bienes a beneficiarios determinados, en cuyo caso corresponde que el juez ordene abrir el testamento e individualizar los beneficiarios del mismo, se proceda a la entrega de los bienes del causante

Artículo 2277 CCyC: *Apertura de la sucesión. La muerte real natural o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley.*

La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.

Explicación del último párrafo: Cuando una persona muere no sólo transmite todos los créditos o beneficios, sino también las **deudas**. Se transmite todo el acervo sucesorio, tanto derechos como obligaciones, poniéndose en una situación de responder como el propio causante por las deudas que este haya contraído hasta su muerte.

El **Código de Vélez** preveía la posibilidad de que el heredero no cancele la deuda contraída por su padre con su propio patrimonio, mediante lo que se llamaba **beneficio de inventario**.

Artículo 3371 Código Vélez: *El heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario, está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia. Su patrimonio no se confunde con el del difunto, y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión.*

Cuando un heredero iniciaba un juicio sucesorio con la cláusula del beneficio de inventario, si en el desarrollo del mismo aparecen acreedores, se cancelan las deudas con los créditos que tengan los

sucesorios, es decir, respondía solamente con lo que lo que recibía en concepto de sucesión, no así con su patrimonio personal.

Otro artículo a tener en cuenta:

Artículo 2278: *Herederos y legatarios. Concepto. Se denomina heredero a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos.*

Este artículo distingue entre las clases de herederos que una persona puede tener. Por un lado, se encuentra el **heredero universal**: aquel que recibe todo el patrimonio del causante o una parte indivisa. Por otro lado, el **heredero singular**: aquel que el causante le dejó un bien en particular de su patrimonio

ARTICULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) *las personas humanas existentes al momento de su muerte;*
- b) *las concebidas en ese momento que nazcan con vida;*
- c) *las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;*
- d) *las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.*

En la legislación argentina no existe la posibilidad de **desheredar**, negar a uno de los herederos forzosos la posibilidad de acceder al patrimonio del causante. No se puede alterar la porción legítima (**20%**) del patrimonio que le corresponde los herederos forzosos. Fuera de ese porcentaje, se puede disponer libremente para designarlo a quien quiera.

Audio 3

Proceso sucesorio

Los herederos del causante deben de presentarse ante un **juzgado civil** de la **jurisdicción** del domicilio del causante (que está contemplado en el certificado de defunción). Además, al tratarse de un **juicio especial**, no hay **mediación** ni todas las instancias de los juicios ya estudiados.

Caso de un juicio sucesorio abintestato: Los herederos se presentan en el juzgado correspondiente al domicilio del causante y presentar, por un lado, la **partida de defunción** que prueba la muerte y, además, debe de acompañar la **partida de nacimiento** (si son los hijos quienes inician el juicio), la **partida de matrimonio**, **partida de defunción** de los padres del causante y la partida se sea necesaria para acreditar el estado de los distintos herederos forzosos del causante. Y, por último, denunciar los bienes que estaban en posesión del fallecido que corresponde que se transmitan y reciban los herederos.

Cuando se inicia el juicio, el juez le solicitará el heredero, previo a que el juicio continúe, que se dirija al **Registro de Juicios Universales** y acompañe el **formulario 3003**. En este formulario se denuncia o se demuestra si el causante no tuviera otro juicio sucesorio iniciado en otro juzgado. En el caso de que **sí** exista ya un juicio iniciado, el nuevo juicio, por conexidad, se lo traslada al juzgado donde ya se lo inició. Si **no** existe ningún juicio, continúa donde comenzó.

El juez, en el caso de que no haya otros juicios sucesorios iniciados, le ordenará al heredero publicar **edictos** (informando la muerte y el juicio sucesorio iniciado) en el **Boletín Oficial** durante **tres días**. Estos edictos son anuncios donde se está avisando que se está iniciando el juicio sucesorio del causante y en qué

lugar, antes la posibilidad de que existe **otro heredero**, si presenta **acreedores** de causante. Luego de los 3 días, hay que esperar **30 días** para ver si aparecen herederos o acreedores.

Aclaración: Para empezar el juicio sucesorio, existe una **costumbre** que proviene de la **fuentes religiosa**, hay que esperar **9 días de llanto y luto**. Hay que tener la mínima norma moral y ética que proviene del derecho natural.

Pasados los **30 días**, el juez tiene la obligación de dictar la **declaratoria de herederos** a pedido de la parte. En caso de pluralidad de herederos, el magistrado declarará **a todos** como tal; pero no participa en la repartición del patrimonio del causante, sino que determina que son todos **condóminos** (titulares) de los bienes.

Sin embargo, en el caso que los herederos **no quieran** ser todos titulares de los bienes, el juez les puede permitir que los designados en la declaratoria hagan una **partición**. En este caso, tendrán que ir a una **mediación** y ponerse de acuerdo en la modalidad de entrega de los derechos y bienes y, a su vez, ceden los derechos sobre otros.

La **partición** corresponde ser redactada mediante **escritura pública** en una **escribanía** y, posteriormente, entregar una copia al juzgado para demostrar cómo operó la partición.

Una vez que es homologada por el juzgado, es menester que en cada registro donde aparecen los bienes del causante y presentar la **declaratoria de herederos** y el **acuerdo particionario** para que el bien pasa a la titularidad del heredero.

Esta entrega de los bienes entre los herederos no hace **cosa juzgada**, ante la posibilidad de que en unos años aparezca un **hijo extramatrimonial** o un **acreedor con mejores derechos** y los herederos tengan que **colacionar**: entregar la parte proporcional que cada uno tenga al heredero o acreedor que aparece.

Colación: Restituir los bienes percibidos por partición al heredero que apareciera en el sucesorio con posterioridad a la declaratoria original de herederos

Así finaliza el proceso sucesorio

Audio 4

Aclaración práctica

Cuando un particular se presenta como heredero, con la correspondiente partida de defunción y todos los elementos que exige la legislación (los mencionados arriba en el proceso sucesorio), la nueva modalidad que han adoptado los jueces para llevar a cabo un **juicio abintestato** y que no consta en ningún código procesal, sino es costumbre procesal, es la solicitud que se libere **oficio** (pedido de informes) al **registro de escribanos** para verificar si el causante no ha dejado un **testamento**.

Audio 5

Efectos de la muerte

Cómo operan los **derechos** con la muerte, **cuáles se transmiten** y **cuáles se extinguen** con el fallecimiento.

Según el mencionado **artículo 2277**: *“La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”*

Con la muerte se extinguen:

- Dada la característica de **vitalicios**, los **derechos personalísimos**
- Los **atributos de la persona**: nombre, capacidad, estado, domicilio y patrimonio (en concepto de atributo)
- Se disuelve el **matrimonio**
- La **responsabilidad parental** será ejercida por el cónyuge supérstite
- Los **derechos de autor** serán gozados por los herederos por un lapso de 70 años desde que muere su autor.
- Las **obligaciones** se traspasan a los herederos, tanto si es deudor como acreedor.
Los derechos reales que **no se transmiten** son: **uso, habitación y usufructo**. El resto sí.

Un tipo de obligaciones que no se transmiten son las **intuitu personae**: son aquellas obligaciones que contrajo el causante por sus cualidades personales, por tipo de actividad que realizaba y es por este motivo que celebró el contrato o se lo contrató

Ejemplo: en caso de fallecimientos de un artista plástico que estaba contratado y trabajaba para una empresa, sus herederos no pueden realizar las obras que él hacía.

En el **ámbito previsional** se encuentran las **jubilaciones y pensiones**. La **jubilación** es una prestación previsional que le corresponde a una persona si alcanzó la edad y años de servicios con aportes que exige la ley. Por su parte, la **pensión** es la prestación ante el fallecimiento de un/a trabajador/a para que su grupo familiar pueda continuar con la cobertura de seguridad social.

Fallecido el jubilado, el cónyuge e hijos tiene la posibilidad de cobrar la **jubilación y pensión** del fallecido. Sin embargo, no podrá acumular más de dos beneficios previsionales.

Ausencia con presunción de fallecimiento

Caso en el que una persona desaparece de su domicilio sin dejar noticias de su paradero y pasa un lapso considerado de tiempo. En esta situación, los herederos consideran que la persona falleció, sin embargo, no hay cadáver y por consiguiente no puede haber inicio juicio sucesorio. Para paliar la situación, existe en el derecho lo que se llama **ausencia con presunción de fallecimiento**.

Una persona desaparece de su domicilio, se desconoce su paradero y, dado el plazo que se verificó desde la última noticia, es que la parte interesada o heredero se puede presentar ante el juez para solicitar que declare **presuntivamente** la muerte, se inscriba tal hecho en el registro y, con la partida de defunción de muerte presuntiva, se inicie el juicio sucesorio.

En la **época de Vélez**, se presumía que, si no se tenía presencia del cadáver, no era dable que un profesional pueda decidir el fallecimiento de una persona y el consiguiente registro. Pero existía la **prueba supletoria**, que consistía en el atestiguamiento que ameritaban que habían visto el cadáver de la persona. Sin embargo, este recurso carecía de fuerza jurídica en materia penal.

El **Código Civil de Vélez Sarfield** estipulaba **dos situaciones** que ameritaban la ausencia con

- **Caso ordinario**: Cuando una persona desaparecía de su **domicilio** y se desconocía su paradero, sin saber noticia alguna al respecto, transcurridos **seis años**. En este supuesto, correspondía que los legitimados que debía solicitarle al juez la declaración presunta de su muerte, esperar el plazo de seis años

- **Caso extraordinario:** Cuando la persona había viajado o se podía ameritar que estaba en una **empresa bélica o acción de guerra**, dónde correspondía esperar **tres años** desde el momento en que ocurría la desaparición para que los herederos pudieran presentar ante el juez para solicitar la ausencia con presunción de fallecimiento, invocando un **caso extraordinario**

Audio 6

Caso Fournier

VER EXPLICACIÓN EN EL PDF

Este caso de jurisprudencia dio pie a la sanción de la **ley 14.394**, la cual modificó en forma trascendente la concepción de la prueba de muerte, y estableció **tres nuevos pilares** respecto del fin de la existencia:

- Incorporó en el **artículo 108 del Código Civil de Vélez** un nuevo párrafo (**Actual Artículo 98 – Código Civil y Comercial**: *“En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver.”*

Donde hay certeza moral de la muerte, no corresponde esperar plazo alguno para poder declarar presuntivamente la muerte

- Incorporó el **régimen de ausencia simple**
- Incorporó el **régimen de ausencia con presunción de fallecimiento**

Audio 7

Teoría de los conmorientes

El día que una persona fallece, ese mismo instante que se produce el óbito, opera la transmisión de bienes. Asimismo, la doctrina y jurisprudencia se preguntaban qué sucedía en las situaciones o hipótesis en donde dos o más personas que tuvieran un vínculo de parentesco morían en un desastre común y no se puede comprobar quién murió primero. En este contexto, se buscaba determinar quién le transmitió los bienes al otro y, eventualmente, este último se lo transmitió a su descendencia.

Para **Vélez**, cuando no se podía determinar a ciencia cierta quién había fallecido primero, correspondía establecer que todos **murieron al mismo tiempo**, que no operó transmisión hereditaria entre ellos. Consecuentemente, los herederos iniciarán el juicio sucesorio respecto de cada uno de ellos.

Artículo 95 del Código Civil y Comercial – Ley 26.994

Artículo 95: *Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario.*

Existe también conmoriencia cuando dos personas con vínculo parentesco mueren al mismo tiempo, pero en distintas zonas geográficas y, por consiguiente, con diferentes usos horarios y no se trate de un desastre común. En este caso, también se aplica el artículo 95.

Clase 22

Ausencia – Ley 14.394

Audio 1

La **ausencia** significa o se da cuando una persona desaparece de su **domicilio** o residencia sin que se tenga noticias de ella y desconociendo su **paradero**.

Existen distintos tipos de ausencia: **ausencia simple (art. 79 CCyC)**, **ausencia por presunción de fallecimiento (art. 85 CCyC)**, **ausencia por desaparición forzada de persona** (que contempla la solicitud para la adquisición de los bienes del causante y el beneficio extraordinario).

La **ausencia simple** es cuando una persona desaparece de su domicilio o residencia y ha dejado **bienes de magnitud** que deben ser administrados.

Pero no se lo puede declarar muerto y traspasar la titularidad de los bienes porque, justamente, la finalidad de la figura de la **ausencia simple** es la de proteger los bienes de una persona que desapareció pero que no se la puede considerar muerta.

La **ley 14.394** cambia todos los plazos **de los casos ordinarios** de la ausencia por **presunción de fallecimiento** y, en vez de tener que esperar seis años como lo establecía Vélez, lo reduce a **tres años** desde que se tenga la última noticia.

Artículo 85: *Caso ordinario. La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado.*

El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

En cuanto a los **casos extraordinarios** que contemplaba Vélez, la **ley** los divide en **dos**:

- **Caso extraordinario genérico:** cuando una persona estuvo en un lugar donde ocurrió una catástrofe natural o bélica y no se tenga noticias de la persona por **dos años**
- **Caso extraordinario específico:** Cuando una persona se encontró en un buque o aeronave naufragada o perdida sin que se tengan noticia del mismo por un período de **dos meses**

Artículo 86: *Casos extraordinarios. Se presume también el fallecimiento de un ausente:*

- a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido;*
- b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.*

Ausencia simple

Artículo 76: *Ausencia simple. Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.*

Para que una persona pueda pedir la ausencia de otra, es menester que haya **desaparecido** de un domicilio, no se tenga noticias de su **paradero**. El Código **no establece el plazo** que debe esperar una para solicitar la ausencia simple, la persona puede iniciar el juicio en **cualquier momento** cuando vea que otra persona haya desaparecido, tenga bienes que se están deteriorando y que no haya transcurrido **3 años** desde el hecho en cuestión. Transcurrido los tres años, ya rige el juicio de ausencia por presunción de fallecimiento.

Si la persona desaparece, pero ya tiene un **administrador** de los bienes de magnitud, que él mismo designó, **no se puede** pedir la ausencia simple.

Si, en el caso de haber dejado designado uno, pero los poderes sean **insuficientes** de manera tal que solo le permite ejercer determinadas acciones sobre la totalidad de los bienes, sí procede la ausencia simple.

Si el administrados no desempeña sus **tareas de manera correcta** (malversación de fondos o bienes), los herederos forzosos inicien una causa penal contra esta persona designada por el mal desempeño en sus funciones y, se comprueba tal delito, se lo remueve y se inicia el juicio de ausencia simple y se dispone de otro **curador**.

¿Quiénes pueden pedir ausencia simple?

Artículo 80: *Legitimados. Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente.*

Pueden iniciar el juicio por ausencia simple el **Ministerio Público**, que es el órgano del Estado que se encarga de tutelar los bienes de todas las personas que son consideradas incapaces de ejercicio.

Además, todas las personas que están vinculadas con los bienes, esto es, los **herederos**.

También pueden pedirla los **socios** y los **acreedores** del ausente.

Cabe aclarar que cuando se sancionó la **ley 14.394**, si se declaraba judicialmente la **ausencia simple** respecto de una persona, también se la declaraba **incapaz de hecho**, en los términos de los artículos 54 y 55 del Código de Vélez (hoy de ejercicio)

Audio 2

Juez competente

Artículo 81: *Juez competente. Es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido.*

El juez que interviene, ante el cual las partes se presentan para iniciar el juicio de ausencia simple, es el del **último domicilio** que tuvo el ausente. Si **no** se puede establecer el domicilio del ausente, el juez que interviene es el del lugar donde están los bienes abandonados cuyo cuidado es necesario.

En caso de que los bienes se encuentren en **distintas jurisdicciones**, en cada lugar donde se encuentren tendrán que iniciar un proceso de ausencia simple para designar un curador.

Rige el principio general *forum rei sitae*: Las acciones reales sobre un inmueble se rigen por la ley de la jurisdicción donde está aplicado.

Audio 3

Procedimiento de la ausencia

El proceso del juicio por ausencia simple no tendrá lugar si el ausente dejó un **apoderado** o **administrador** de sus bienes.

Artículo 82: Procedimiento. El presunto ausente debe ser citado por edictos durante cinco días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.

Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan.

1° párrafo: Antes de iniciar el juicio por ausencia simple, el juez ordenará a la parte interesada que publique **edictos** en el **Boletín Oficial** por **5 días** avisando el **juzgado** y el **nombre** de la persona respecto de la cual se la quiere declarar ausente simple. Finalizado los cinco días, se tendrá que esperar otros **30 días** para que aparezca la persona o su apoderado.

Vencido el plazo y no aparece, corresponde que el juez designe un **abogado** que va a representar los derechos e intereses del ausente. Y el Ministerio Público siempre es una parte esencial del proceso y llevará a cabo el **contralor** de la prueba y el desarrollo del caso.

3° párrafo: Como consecuencia de la prolongación en el tiempo del proceso y ante la presencia de bienes de magnitud del ausente, corresponde que se designe un **curador provisorio** que administrará los bienes el tiempo que sea necesario. Finalizado el proceso, culminan las funciones del curador y se lo sustituye por el **curador definitivo**.

Sentencia

El proceso culmina con un **dictamen** del juez que designa a la persona que será **curador** y representante de los bienes del ausente.

Artículo 83: Sentencia. Oído el defensor, si concurren los extremos legales, se debe declarar la ausencia y nombrar curador. Para la designación se debe estar a lo previsto para el discernimiento de curatela

El curador sólo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.

Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

1° párrafo: La **ley 14.394** establecía en su **artículo 19** quienes eran las personas **autorizadas** para ser **curadores**

Para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente, en el siguiente orden:

- *El cónyuge, cuando conservase la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal*
- *Los hijos*
- *El padre o la madre (Inciso sustituido por art. 13 de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/85);*
- *Los hermanos y los tíos*
- *Los demás parientes en grado sucesible.*

En caso de que **tuviera cónyuge**, si ésta no lo puede pedirlo, los grados de parentesco para solicitar la ausencia simple se extiende hasta el **segundo grado** de parentesco **por afinidad**: los suegros del ausente, los abuelos de la cónyuge y los cuñados del ausente.

2° párrafo: El curador no se lo designa para entregarle los bienes y ponerlos en su titularidad, sino sólo la **posesión**. Éste no puede enajenarlos, hipotecarlos, alquilarlos ni hacer sesión de derechos, sólo se limita a **conversarlos y administrarlos**.

Puede ocurrir que los bienes que recibe el administrador definitivo efectivamente se estén **deteriorando** y necesite hacer gastos para su conservación. En este caso (tratándose de **bienes inmuebles**) los curadores le solicitan al juez la hipoteca del bien y con ese crédito se aplicará al bien.

Al mismo tiempo que se pide la hipoteca, también se solicita la **locación** para cancelar la cuota hipotecaria. Todo esto tiene que estar **autorizado y justificado**.

3° párrafo: Puede suceder que los bienes, en vez de deteriorarse, **generen beneficios económicos**. Todo fruto que la cosa administrada genere, estará destinado al sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

Fin de la curatela

Artículo 84: *Conclusión de la curatela. Termina la curatela del ausente por:*

- a) La presentación del ausente, personalmente o por apoderado;*
- b) Su muerte;*
- c) Su fallecimiento presunto judicialmente declarado.*

a) Puede ser que se haya designado un curador y al tiempo se presente el ausente, inmediatamente culminan las funciones de quién fue designado. Además, se puede presentar personalmente o mediante apoderado con poder suficiente negando su ausencia.

b) En caso de corroborarse la muerte del ausente, finaliza la curatela y comienza el proceso del juicio sucesorio

c) Vencido los tres años de ausencia de una persona, más allá de que se haya iniciado un juicio de ausencia simple, corresponde que los herederos vuelvan a presentarse ante el mismo juzgado y solicitar ausencia con presunción de fallecimiento. Declarado presuntivamente muerto el ausente, se extingue las funciones del curador.

Clase 23

Audio 1

Ausencia con presunción de fallecimiento

Actualmente, existen **tres casos** en lo que amerita la solicitud **presunción de fallecimiento**

Caso ordinario

Artículo 85: *Caso ordinario. La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado.*

El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

Casos extraordinarios

Artículo 86: *Casos extraordinarios. Se presume también el fallecimiento de un ausente:*

- a) *Si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido;*
- b) *Si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.*

Legitimados para solicitar la presunción por fallecimiento

Artículo 87: *Legitimados. Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente.*

Es competente el juez del domicilio del ausente.

Están **legitimados** todas las personas que tengan algún derecho subordinado a la muerte, es decir los **herederos forzosos**: cónyuge supérstite, los hijos, padres y los miembros de la línea colateral hasta el 4 grado.

Además, están legitimados los **legatarios** o **herederos testamentarios**. El ausente, antes de desaparecer, dejó un **testamento** con algún **beneficiario**.

Los **acreedores del ausente**, a diferencia de la ausencia simple, no están legitimados para solicitarlo ya que este artículo estipula derechos subordinados respecto de la muerte de la persona, no sobre los bienes como se establece con la ausencia simple.

Puede suceder el caso de que los herederos estando legitimados para solicitar la presunción de fallecimiento, **no la solicitan**. No lo hacen porque los herederos poseen muchas **deudas** y **acreedores**. Entonces, si solicitan la presunción, automáticamente se inscribe la misma en el Registro de Capacidad y Estado de las Personas, es tenida por fallecida y consecuentemente se inicia el proceso sucesorio. Abierto el proceso, se procede a la división sucesoria entre los herederos. Y, en este contexto, los acreedores iniciarán acciones contra los herederos respecto a los bienes recibidos.

Los **acreedores** igualmente se pueden presentar ante el juzgado civil correspondiente e inicien la acción de presunción de fallecimiento por medio de la **acción de subrogación** u **oblicua**. Es decir, ponerse en el lugar de los herederos para iniciar el juicio toda vez que su heredero no lo hace porque tiene **una deuda que no quiere cancelar**.

En cuanto a juzgado para solicitarlo, será en la jurisdicción el **último domicilio** del ausente o donde estuvieran **ubicados** sus bienes. Si los bienes estuvieran en **distintas ubicaciones geográficas**, en cada juzgado.

***Artículo 88, segundo párrafo:** La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni supe la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.*

Audio 2

Aclaración: En supuestos de catástrofes que no tuvieron lugar en un día sino en un **plazo prolongado** en el tiempo, hay que ubicarse en la época del **término medio** del fenómeno y desde ahí se computa el plazo que requiere la ley para el inicio del proceso de ausencia

Audio 3

Procedimiento del juicio de ausencia con presunción de fallecimiento

Reunido los requisitos para que el pedido sea viable, se abre el juicio especial de presunción de fallecimiento. La parte interesada no sólo tiene que probar el vínculo, sino tiene que demostrar la realización de las diligencias tendientes a la **averiguación de la existencia** del ausente.

***Artículo 88:** Procedimiento. Curador a los bienes. El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato.*

La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni supe la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

Iniciado el juicio, el juez **designa un abogado** de oficio que se pone en el lugar del ausente.

En el caso de la existencia de **bienes de magnitud** que estén en peligro, pero no se hubiera pedido la **ausencia simple** con anterioridad, se designará un **curador** para que administre y conserve los bienes.

Como se trata de un caso de presunto fallecimiento, los edictos se publicarán **una vez por mes** durante **seis meses** anunciando que se declarará el **presuntivo fallecimiento**, además del **lugar** donde se está realizando el proceso

Pasado los seis meses, corresponde que el juez **reciba la prueba**. Acreditar el fallecimiento de una persona no basta con decir que el ausente estuvo presente en tal catástrofe, sino que además toda la **prueba documental** necesaria. En la práctica, el juez le pide a la parte interesada que **libre oficio**, que es un pedido de informe, a **migraciones** para constatar que la persona no se fue del país. Y, además, el interesado tendrá que demostrar todos los **pedidos** que se hicieron de **ubicación de paradero** en sede policial.

Culminado el período de pruebas, el juez citará al defensor del ausente para que aporte las pruebas de parte del ausente.

Una vez citado, corresponde que el juez se **expida**. El juez lo hace a través de una **sentencia**. Es menester que lo haga, claramente, qué **día** se lo reconoce como fallecido y a qué **hora falleció**.

Audio 4

¿Cómo se establece la fecha y hora de fallecimiento?

Artículo 90: *Día presuntivo del fallecimiento. Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento:*

- a) *En el caso ordinario, el último día del primer año y medio;*
- b) *En el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;*
- c) *En el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos;*
- d) *Si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.*

La muerte siempre es declarada con **retroactividad** a la petición del juicio de ausencia con presunción de fallecimiento.

Clase 24

AUSENCIA POR DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, LEY 24.321 con más BENEFICIO EXTRAORDINARIO, LEY 24.411

Audio 1

Régimen jurídico de la desaparición forzada de personas

El régimen se encuentra contemplado en la **Ley 24.321**.

Se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción.

Los **extremos legales** necesarios para que pueda operar la desaparición forzada de personas es **único**:

Artículo 1: *Podrá declararse la ausencia por desaparición forzada de toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983, hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero.*

Además, se deberá demostrar, mediante pruebas, las **circunstancias** que puedan acreditar que la persona hubiera desaparecido por el **accionar del Estado**.

Legitimados

Artículo 3: *Podrán solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada, todos aquellos que tuvieren algún interés legítimo subordinado a la persona del ausente. En el caso del cónyuge, ascendientes,*

descendientes y parientes hasta el 4º grado, dicho interés se presume. El trámite judicial, en jurisdicción nacional, será eximido de tasa de justicia.

Los legitimados para solicitar la ausencia son aquellas personas algún **interés legítimo** subordinado a la persona del ausente. Son personas que tienen un **vínculo de filiación** con el desaparecido, es decir, los **herederos forzosos**. También pueden ser aquellas que tienen un vínculo con los **bienes**, como los **legatarios** (en caso de que el ausente haya dejado un testamento), los **acreedores o acciones**.

En cualquiera de los casos, se deberá acreditar el vínculo o el título por el cual está solicitando que se declare ausencia de la persona.

Juez competente

Artículo 4: *Será competente para entender en la causa, el juez en lo civil del domicilio del solicitante o en su defecto el de la residencia del desaparecido. El procedimiento, en jurisdicción nacional será por trámite sumario.*

A diferencia de los otros tipos de ausencia, el **juez competente** puede ser el del domicilio del **solicitante** o del último que se le hubiera conocido al ausente, pueden ser cualquiera de las dos.

Procedimiento

El procedimiento de la **ausencia forzada** es el mismo que se da en la **ausencia con presunción de fallecimiento**.

Sólo cambiarán los **extremos legales**, los **legitimados** y el **juez competente**, pero el procedimiento es el mismo.

En cuanto a la **fecha** en el cual es declarado como **fallecido**, será el **día** en el que fue **hecha la denuncia** ante el organismo competente o, en su defecto, el día de la **última noticia fehaciente** del paradero, si la hubiera, sobre el desaparecido.

Aclaración respecto a su aplicación

Se suele pensar que la **ley 24.321** opera frente a la desaparición forzada de personas por parte del accionar del Estado en la **última dictadura militar** comprendida entre **1976** y **1983**. Esta legislación se aplica para todas aquellas personas desaparecidas en cualquier **período** en los cuales **hubo dictadura** o un **gobierno de facto**.

Beneficio extraordinario – Ley 24.411

Artículo 1: *Las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada, tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario.*

Todas las personas que sienten o verifican que por la desaparición de una persona han sufrido un agravio moral, están en condiciones de presentarse ante el Ministerio de Derechos Humanos y plantear el **recurso extraordinario** que se llama **beneficio extraordinario**. El mismo consiste en solicitarle al Ministerio que se le **reconozca** el padecimiento de ese **agravio moral** por la desaparición del ausente y, consecuentemente, se lo indemnice por una suma que oscila los \$400.000

Los **causahabientes** son las personas físicas o jurídicas que sustituye o sucede a otra en el derecho de ésta última.

El beneficio extraordinario tiende a **reparar el agravio moral** padecido por los herederos, y como tiene tal

finalidad, se extiende más allá de esto y no sólo serán legitimados los **herederos** con partida de nacimiento, matrimonio o documento que acredite el vínculo, sino también a todas aquellas que estuvieran **vinculadas moralmente** con el ausente y que hayan padecido el agravio moral.

AUSENCIA

	Quiénes pueden peticionar la ausencia	Cuánto tiempo se debe esperar para peticionarla	Cuándo es declarado como fallecido	Juez competente
Ausencia Simple	Aquellas personas que se encuentren vinculadas con respecto a los bienes del ausente <i>art 17</i>	Menos de tres años	El régimen de ausencia simple no contempla el fallecimiento de la persona ausente	El juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Caso contrario, el del lugar donde existiesen los bienes abandonados
Ausencia con presunción de fallecimiento	Aquellas personas que se encuentren vinculadas respecto de la muerte del ausente <i>art 19</i>	Depende del caso	Depende del caso <i>art 90</i>	
		Tres años, contados desde la fecha de la última noticia que se tuvo del ausente	El último día del primer año y medio a partir de la última noticia del ausente	
		Dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso (catástrofe susceptible de ocasionar la muerte)	El día del suceso en que se encontró el ausente. Si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido	
Caso extraordinario genérico		Seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (naufragio o pérdida de una nave o aeronave)	El último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido	
Caso extraordinario específico				
Ausencia por desaparición forzada	Aquellas personas que tengan algún interés legítimo subordinado a la persona del ausente	No se tendrá que esperar ningún período de tiempo. El único requisito es que la persona no pudo haber desaparecido luego del 10 de diciembre de 1983	El día de la denuncia hecha ante el organismo competente o en su defecto, el día de la última noticia fehaciente, si la hubiere, sobre el desaparecido	El juez en lo civil del domicilio del solicitante o en su defecto el de la residencia del desaparecido

ARTS 15 AL 21

LEY 14394

ARTS 22 AL 32

LEYES
24324
24411

+ BENEFICIO EXTRAORDINARIO LEY 24.411

ARTS AL 32
 A PERSONA
 de Fallecimiento
 LEY 26994 -> AUSENCIA
 ARTS 27 AL 34
 SIMPLE
 NUEVA
 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Clase 25

Atributos de la persona

Capacidad

Ver páginas 100 y ss. del resumen

Patrimonio

Parte I.- Elementos para la comprensión de la clase de PATRIMONIO

Audio 1

Patrimonio

El patrimonio es el conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

Los **bienes** que conforman el patrimonio se dividen en **dos**:

- **Bienes inmateriales:** El Código de Vélez los definía como “**objetos inmateriales susceptibles de valor**”. Y también constituyen para la **doctrina** los **derechos subjetivos patrimoniales**, esto es: los **derechos personales**, los **derechos reales** y los **derechos de autor**.
- **Bienes materiales:** Los bienes materiales también se denominan **cosas**: Las cosas son los objetos materiales susceptibles de tener valor.

La **ley 17.711** sancionada en 1968 modifica el concepto de **cosas** y sustituye en el **artículo** la palabra **corporales** por **materiales**, recogiendo el criterio de la jurisprudencia que indica que las cosas no sólo son aquellas que tienen forma o cuerpo cierto, como es la energía o las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, que verifica materia pero no cuerpo. Este mismo criterio es el que adopta el **artículo 16 in fine** del **Código Civil y Comercial**.

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

En el plano del derecho, corresponde referir que las personas tienen derechos sobre sus bienes, no que una persona tiene cosas o créditos para referirse al patrimonio

Artículo 16: *Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 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.*

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