

UNIDAD 1: Concepto. Evolución. Función actual del derecho privado.

Concepto de derecho:

Para que la convivencia del hombre sea armoniosa, el estado va a crear un ordenamiento jurídico estableciendo un sistema de reglas y normas jurídicas, a las cuales obligatoriamente los hombres deben ajustar su conducta. Este sistema de reglas y normas jurídicas regulan a las conductas de los hombres y sus relaciones, a esto se lo denomina derecho. El derecho es el ordenamiento social justo, para algunos autores. Otros en cambio van a concebir al derecho como el conjunto de normas de conducta humana, obligatorias y conformes a la justicia. En la actualidad algunos conciben al derecho como una expresión social de un determinado conflicto, esto significa que primero existe una determinada problemática social, y es la sociedad la que demanda una solución, dicha solución se plasma en una norma como respuesta al conflicto., su incumplimiento acarrea una sanción. Es una ciencia normativa. La norma moral es autónoma porque se la impone uno mismo. El derecho positivo u objetivo es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un Estado en un momento determinado. El derecho público está destinado a la protección del interés general, mientras que el derecho privado tutela los intereses de los particulares. La distinción se da por los sujetos que integran la relación jurídica. En el derecho público, una de las partes tiene relación de superioridad con la otra, mientras que en el derecho privado los sujetos son iguales. El derecho privado es básicamente el derecho civil ya que es el derecho común que tiende a regular todas las relaciones jurídicas que tiene o puede establecer con otros sujetos de derecho.

Ramas del derecho público

DERECHO CONSTITUCIONAL determina las relaciones y facultades en los diferentes poderes y establece las normas para la convivencia social. DERECHO ADMINISTRATIVO organiza el funcionamiento de la administración pública y las relaciones entre esta y los administrados. DERECHO PENAL establece la legislación represiva de los delitos, en protección del orden social. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO rige las relaciones entre los estados. DERECHO DE MINERÍA.

Ramas del derecho privado

DERECHO CIVIL que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando éste actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humano. DERECHO COMERCIAL regula las relaciones de los comerciantes y las consecuencias jurídicas de los actos de comercio. DERECHO DE NAVEGACIÓN comprende al derecho marítimo y aéreo. DERECHO PROCESAL comprende al D. P. CIVIL, al D.P. COMERCIAL y al D.P. LABORAL. DERECHO RURAL. DERECHO LABORAL/ LEGISLACIONES DEL TRABAJO.

Derecho civil

El derecho privado es el derecho civil, este es el derecho común que tiende a regular todas las relaciones jurídicas que el hombre tiene. Según clemente de diego, el derecho civil es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarios y más generales de la vida, en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derecho y de patrimonio, y miembro de la familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia, dentro del concierto social. El derecho civil constituye el cimiento común de todo derecho privado.

La constitucionalización del derecho.

Los fundamentos exponen de manera clara que el código civil y comercial reconoce el proceso de constitucionalización, la influencia de los tratados de derechos humanos, y la asunción de nuevos paradigmas.

- A) Inviolabilidad de la persona: El artículo 51 del código civil y comercial consagra expresamente la inviolabilidad de la persona humana y el reconocimiento de su dignidad.
- B) Autonomía: El código lo asume como una regla general que se manifiesta en el tema de los actos de disposición sobre el propio cuerpo del hombre. Es el fundamento de nuevas reglas en materia de personas con capacidad restringida (art. 32), inhabilitados (art. 48) y en la capacidad de los menores.
- C) El principio de igualdad: Es la igualdad real, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad, lo que importa en el derecho privado es
 - a. La generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles.

b. En las relaciones jurídicas patrimoniales, una intervención del estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad.

En el código se incluyen normas sobre la protección al consumidor, se amplía el ámbito de eficacia de la “vivienda protegida”, se extiende la capacidad de los menores, etc.

D) Conclusiones: El reconocimiento de principios de inviolabilidad de la persona, dignidad personal, autonomía, tolerancia, igualdad, libre crítica, es el presupuesto de la convivencia en un pluralismo razonable, son exigencias de la sociedad democrática. El derecho en el momento actual y su fuente está en la constitución nacional. El código civil y comercial está en esa orientación. La relación entre la constitución y el derecho privado no se limita a que este no contradiga el texto constitucional en una interpretación minimalista.

El Código innova profundamente al receptar la institucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado. En este sentido, el bloque de constitucionalidad se manifiesta en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Incorporación de los derechos humanos, de los tratados internacionales. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el Derecho Privado.

Derecho civil y derecho mercantil.

El código que entró en vigencia el 1-8-2015 comprende al código civil y al código comercial. La unificación de estos está amparada por el art. 75 inc. 22 de la constitución nacional. La unificación no significa la desaparición del derecho comercial, no se pierde su autonomía didáctica. La unificación se concentra en la teoría general de las obligaciones de las obligaciones y los contratos, y en la inclusión en el cuerpo del código de algunos contratos típicos mercantiles e instituciones mercantiles. Subsisten microsistemas legislativos propios del derecho comercial. En el proyecto de 1998 se había señalado que la unificación se hacía sin definir la materia mercantil y sobre el código civil y comercial se señala que se admite la definición de comerciante, desaparece la regulación de los agentes auxiliares y se suprime de acto de comercio. El código no sustituye esta noción por ninguna a otra que defina qué es lo comercial o mercantil. El art. 320 referido a la contabilidad impone llevarla a quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de alguna empresa.

Código civil y comercial, antecedentes.

El código de Vélez fue sancionado el 25-9-1869, fue aceptado por el congreso sin modificaciones por la ley 340 que establece que el código civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield será observado como ley a partir del 1-1-1871. este estuvo vigente hasta el 1-8-2015 cuando entró en vigencia el nuevo código civil y comercial que rige hasta la actualidad. Se efectuaron cambios en torno a la concepción de una vida, acuerdos convivenciales, apellido, divorcio “expres”, acuerdos prenupciales, adopciones, responsabilidad del estado, sociedades comerciales, modificaciones de los contratos y barrios privados entre otros. Previo a la sanción del nuevo código hubo reformas parciales como la ley de matrimonio civil, ley de patronato de menores, ley de derechos civiles de la mujer, ley de menores, entre otros.

UNIDAD 2: Fuentes del derecho privado

Fuentes del derecho

La palabra fuente significa manantial, lugar donde brota el agua, llevado este concepto al derecho significa lo mismo pero aplicado en modo figurado. Puede ser definido como la idea de dónde o cómo nace el derecho vigente en un momento determinado, es decir cuáles son las formas de producción o creación de las normas jurídicas obligatorias en un estado. Se puede distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales. La fuente formal del derecho es la dotada autoridad, de obligatoriedad en virtud del mandato del mismo ordenamiento legislativo. Desde este punto de vista la ley es la principal fuente del derecho, la costumbre suele ser reconocida como obligatoria, y algunos autores incluyen a la jurisprudencia. La fuente material es la que no tiene autoridad u obligatoriedad nacida del mismo ordenamiento positivo, pero que constituye factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica, al conocimiento del derecho y a su más certera aplicación.

Jerarquía de las fuentes.

se puede hablar de jerarquía en dos sentidos, puede ser en sentido propio que se da entre reglas de distinto origen y en sentido impropio que refleja las relaciones entre reglas del mismo origen. El art. 31 de la constitución nacional establece la jerarquía de las fuentes. La ley es la principal fuente del derecho objetivo, sólo las fuentes legislativas producen derecho sin límites. La

costumbre y la costumbre son fuentes limitadas y estos están establecidos por la misma ley. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos que la República es parte poseen supremacía constitucional enunciada en el art. 75 inc 22.

Ley

La ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado. Justo quiere decir igualdad de tratamiento de situaciones iguales. Común significa formulada en términos generales. Suficientemente promulgado es establecido por el legislador conforme al mecanismo constitucional.

Los caracteres de la ley son su obligatoriedad, su generalidad, su justicia y su autenticidad. Las leyes son obligatorias para todos los que habiten en el territorio de la república. La generalidad hace referencia a que la ley se establece para un número indeterminado de personas o de hechos, se la liga con esta la permanencia de la ley que se aplica de manera permanente desde el día de su puesta en vigencia hasta su derogación. El concepto de justicia se vincula a la igualdad. La justicia de la ley está vinculada a su adecuación a la constitución. La autenticidad consta de que la ley debe emanar del poder con función legislativa ejercido de forma legítima.

La ley en sentido material es toda norma general y obligatoria, emanada de autoridad competente, en cambio la ley en sentido formal es toda norma emanada desde el congreso conforme al mecanismo constitucionalmente determinado.

La ley imperativa es la que excluye o suprime la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias, las leyes supletorias en cambio respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de la voluntad o establecer los efectos de una regulación complementaria para el caso de que esa voluntad no se haya exteriorizado. Las leyes complementarias suplen la falta o carencia de una manifestación de voluntad de las partes, las leyes interpretativas son las que tienden a determinar la voluntad de las personas cuando ella se ha manifestado de manera dudosa o incompleta. Las leyes pueden ser de orden público (imperativas y para todos los miembros de la sociedad) o supletorias (dependen de la voluntad de las partes y no alteran el orden público).

Las normas de orden público son un estándar jurídico que limita el ámbito de la autonomía de la voluntad y somete inexorablemente a los destinatarios a las normas (divorcio, alquiler, etc.). La noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y consecución de la organización social establecida. Las normas de orden supletorio implican que las partes pueden modificar los contratos sin alterar el orden público, rige el principio de autonomía de la voluntad.

Costumbre

Son actos implantados en la sociedad que se consideran obligatorios. Para que un acto sea considerado costumbre deben estar presentes dos elementos, uno objetivo, que consiste en la existencia de un uso reiterado, y uno subjetivo, que consiste en la convicción de la comunidad en que es obligatorio. La costumbre puede ser *praeter legem* (fuera de la ley), costumbre que regula una materia no regulada por ley. *Secundum legem* (de acuerdo a la ley), se trata de la costumbre que por expresa consideración o remisión legal adquiere la fuerza de ley. O *contra legem* (contra la ley), cuando la materia regulada por la costumbre regule de forma contraria o distinta a como lo regula la ley. La costumbre *contra legem* está rechazada en el art. 1 y 2 del código.

Jurisprudencia

La jurisprudencia son las decisiones emanadas de los tribunales al decidir las cuestiones sometidas a ellos, los tribunales tienden a respetar las decisiones anteriormente vertidas sobre la cuestión de derecho. Modificar en cada caso la aplicación de interpretación de las normas crearía desorden. Para unificar la jurisprudencia se utilizaban los fallos plenarios. La sentencia debe ser razonablemente fundada el juez tiene el deber de tratar todas las cuestiones y defensas planteadas en el juicio, analizar y valorar la prueba producida por las partes, y finalmente, precisar en qué normas jurídicas se basa su pronunciamiento. No tiene fuerza obligatoria para los jueces, aunque ya sido sentada por los tribunales de los cuales aquéllos dependen jerárquicamente. Los jueces pueden apartarse de ella la jurisprudencia haya sido sentada por un tribunal jerárquicamente superior pues es natural que los jueces inferiores procuren ajustar sus decisiones a las de aquel, pues, de lo contrario, e cal segura la revocación de la sentencia.

Buena fe

Obrar de buena fe implica comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud, constituye un principio general que se proyecta en la totalidad del ordenamiento, y en la totalidad de las relaciones jurídicas que establece el sujeto y de las situaciones jurídicas de las que forma parte. se pueden distinguir dos conceptos, el subjetivo consiste en afirmar que el sujeto

obra de buena fe cuando está persuadido de actuar legítimamente, siempre que ese convencimiento no provenga de su propia negligencia. La relación de poder es lo que conocemos como posesión o tenencia.

La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. El art. 9 del código no hace distinción entre la buena fe lealtad y buena fe creencia a fin de evitar alguna interpretación restrictiva.

La doctrina de los actos propios puede entenderse que, bajo ciertas circunstancias, obra prescindiendo de la buena fe, quien vuelve sobre una conducta anterior que ha creado en la otra parte de una relación jurídica, una expectativa seria de comportamiento futuro. La doctrina de apariencia dice que debe subsistir el derecho adquirido en razón de una apariencia. El fundamento de la solución que da preeminencia a la apariencia creada por encima de la realidad jurídica se encuentra en la protección del tercero de buena fe.

Las leyes contienen supuestos particulares en los que expresamente consagran soluciones que hacen prevalecer la apariencia sobre la realidad jurídica. La cuestión fundamental radica en determinar si de ese normas puede hacerse una generalización y obtenerse un regla conforme a la cual merece protección el derecho adquirido en razón de una creencia errónea.

Los principios generales del derecho

Son aquellas ideas y fundamentos que, sin estar escritos, constituyen la base del ordenamiento jurídico e inspiran la elaboración de las leyes. Los principios generales de derecho actual en una doble vertiente, Por un lado, actúan cuando no existe ley o costumbre aplicables, por otro permiten un recto entendimiento de las normas mediante elementos de ética, equidad, lógica y sentido de la realidad y de la justicia

Abuso de derecho

Art. 10 CCC. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. ...ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. 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.

El abuso del derecho puede ser invocado como defensa ante el ejercicio irregular. El juez no puede aplicarlo sin que mediara petición de las partes. La consecuencia de la acción es la invalidez de los actos y el resarcimiento del daño ajeno. El sujeto actuaría abusivamente cuando lo ha hecho con la intención de perjudicar al otro. Hay también abuso cuando, sin dolo, sea ejercido de tal manera el derecho que causa daño a otro y esto se podría haber evitado. Obra abusivamente cuando se hace sin un interés legítimo o sin obtener utilidad alguna de ellos. Se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en mente el legislador.

Art. 11 CCC. Abuso de posición dominante. ...cuando se abuse de una posición dominante en el mercado... La posición dominante es la que ejerce una empresa cuando tiene posibilidad de comportamiento independiente, que la pone en condiciones de actuar sin tener en cuenta los competidores, los compradores o los proveedores. Una persona goza de esta posición cuando para un determinado producto o servicio es la única oferente o no tiene competencia sustancial.

Concepto de posición dominante

La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica. Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe. Se trata de un concepto originado en el derecho de la competencia (arts. 4º, 5º y cc. de la ley 25.156). La incorporación de este concepto jurídico al Código permite considerar que se ha operado una ampliación de supuestos con relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía. Ello permite sostener que no es requisito del abuso de posición dominante en el mercado el que ella provenga del ejercicio injusto realizado por una gran empresa o sistema prestacional sino que también puede darse en relaciones de menor despliegue en el mercado pero de gran incidencia particular, como las establecidas entre locador y locatario en un mercado donde existe escasez de vivienda.

Abuso de posición dominante y proceso

No cabe requerir que la víctima del ejercicio abusivo de un derecho pruebe la existencia de dolo de parte del sujeto activo de la conducta que la afecta; le basta con probar la inequidad de los efectos de ella, algo que es de especial importancia cuando el ejercicio abusivo se genera por la estructuración de vínculos contractuales conexos o en situaciones jurídicas abusivas.

La previsión normativa se aplica tanto en caso de verificarse un supuesto de abuso de derechos subjetivos como en el caso de situaciones jurídicas abusivas. En tales supuestos, los jueces se encuentran habilitados para adoptar las medidas a las que se hizo referencia al comentar el art. 10, en el marco de despliegue de las tutelas preventivas o resarcitoria

Aplicación e interpretación de la ley

Aplicación de la ley: cuando se trata de someter las relaciones nacidas entre las personas a las normas jurídicas se aplicando el derecho. Esa aplicación va a tener como resultado final una sentencia. La doctrina de subsunción tiene su origen en las ideas de Kant, se trata solamente de ver si los hechos de la realidad concuerdan con los hechos previstos en la norma como hipótesis para en tal caso aplicar los efectos que prevé esa norma. El razonamiento que hace el juez al administrar justicia, asume la forma de un silogismo. La sentencia no es una consecuencia automática derivada de dos premisas lógicas, sino que es el resultado de una valoración compleja de elementos psicológicos, éticos, económicos y jurídicos, que concurren para formar un juicio, articulado en base a un esquema silogístico.

El derecho se presume conocido por el juez, como por cualquier otro ciudadano, por lo que no corresponde probar la existencia de una norma jurídica aplicable para la resolución del proceso. Sin embargo pueden reconocer dos excepciones: el derecho consuetudinario y el derecho extranjero. El juez no puede negarse a aplicar una norma jurídica, salvo que ella no exista como tal por ejemplo como la ley 20.889 que no había cumplido adecuadamente los mecanismos constitucionales para su sanción. Interpretación de la ley: interpretar es buscar el sentido y valor de la norma.

Quid de la ley clara: un adagio afirma que si la ley es clara, de modo que en su letra pueda conocerse la intención del legislador, no hay que interpretarla, sino que sujetarse a su texto, toda la doctrina moderna sostiene la falsedad de dicho adagio. La tarea sencilla de leer el precepto claro y captar su sentido es interpretación. En síntesis el adagio quiere simplemente decir que cuando de las palabras del precepto se deduce de indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse la indagación de un pensamiento y de una voluntad distinta.

La costumbre: el derecho consuetudinario también debe ser interpretado, su interpretación es aún más necesaria porque la de la ley, a causa de la imprecisión e incertidumbre de las reglas creadas.

Clases de interpretación: se denomina interpretación auténtica o legislativa a la que realiza el mismo legislador al votar una nueva ley destinada a esclarecer su voluntad. La interpretación judicial es la realizada por los tribunales de justicia. La doctrina es la interpretación realizada por los autores. Según su criterio generalizado, la interpretación puede ser declarativa o correctiva, esta última a su vez puede ser restrictiva o extensiva. La interpretación declarativa se dirige a explicar el texto de la ley, tiene a fijar el alcance de la ley particularmente cuando las palabras usadas por esta tienen más de un significado.

Se califica como restrictiva a la interpretación que ofrece como resultado restringir el significado de palabras de la ley cuando éstas expresan más de lo que corresponde a la finalidad de ella.

La interpretación extensiva a la que tiene por finalidad extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando se llega a la conclusión de que expresan menos de lo que corresponde a su finalidad o espíritu.

La diferencia técnica que existe entre la analogía legis y la analogía iuris es notoria. La analogía iuris es una técnica de aplicación de principios generales del derecho, que solamente se aplican en defecto de ley o costumbre. La analogía legis es una técnica de aplicación estricta de la ley, que es la fuente primaria del Derecho, la utilización de la analogía legis produce como resultado la extensión de la aplicación de las leyes, antes de acudir a las fuentes subsidiarias del derecho.

Derechos intertemporal

Principio de la irretroactividad de la ley: comenzó a aparecer en algunas constituciones aunque en general limitado al campo del derecho penal.

Excepciones: se impusieron límites a ella por vida de tres excepciones, las leyes de orden público las leyes imperativas (aquella que trata de explicar otra ley que resulte ambiguo u oscura) y las leyes expresamente retroactivas. La doctrina ha extraído como conclusión que el principio de irretroactividad de las leyes no es más que una regla hermenéutica dirigida al juez, no es entonces una norma de conducta para el legislador. La doctrina de los derechos adquiridos afirma que una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos al amparo de la anterior legislación.

La doctrina de los hechos cumplidos: según esta idea no puede existir conflicto de leyes sucesivas porque cada una debe regir los hechos cumplidos en el momento en que se encuentran en vigor. El conflicto podría existir solo cuando un hecho tiene efectos que se prolongan en el tiempo y resultan entonces alcanzados por una nueva ley. La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior, pero si se trata de efectos que puedan o no existir como consecuencias del hecho y que no tienen relación conexas con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente esto es cumplido.

Una ley será retroactiva cuando: vuelve sobre la constitución de una relación jurídica, cuando vuelve sobre la extinción de una situación jurídica, cuando se refiere a efectos de una situación jurídica consumida al amparo de la ley anterior, cuando atribuye efectos que antes no tenían ciertos hechos o actos jurídicos si esos efectos se atribuyen por vinculación del hecho o acto con un periodo anterior a la vigencia de la ley, cuando se refiere a las condiciones de validez y a efectos que ya se han producido a los elementos anteriores a una relación o situación jurídica que se encuentre en curso de constitución o de extinción en el momento de entrada en vigencia de la ley.

La relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas con un carácter peculiar y particular esencialmente variable, estas relaciones se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas. La situación jurídica es permanente un ejemplo son los derechos reales y las situaciones jurídico-familiares.

Límite de la retroactividad: la ley puede ser retroactiva en tanto no afecte derechos amparados por garantías constitucionales. Algunos autores expresaron que al establecer este límite se vuelve a la noción de derechos adquiridos. Se les respondió que no es así, la constitución protege los derechos sin calificaciones de adquiridos o en expectativa, sino tomándolos en su esencia. El artículo 7 autoriza la subsistencia de la ley antigua en tanto las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, por los que estos siguen rigiendo por la ley antigua.

Doctrina de derechos adquiridos

Diferentes autores han intentado responder la duda de cuando una ley es retroactiva mediante la construcción de doctrina, la primera ha sido la de derechos y que propicia la idea de que la ley retroactiva no alcanza a los derechos enunciados, y no lo sería cuando afecta meras expectativas. Esta doctrina afirma que una ley solo es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior. Está fuertemente cuestionada, se ha sostenido que las nuevas leyes afectan de una manera u otra, derechos adquiridos por los particulares. Los sostenedores de la teoría se han preocupado por establecer cuáles derechos adquiridos merecen ser amparados.

Doctrina de Roubier

Roubier dedicó dos obras al estudio del problema de la aplicación de la ley en el tiempo, que fueron seguidas en Argentina por el profesor Borda. La tesis de Roubier se caracteriza por el recurso a la noción de la situación jurídica y al principio del efecto inmediato de la ley nueva. Roubier determina que en toda situación los aspectos dinámicos son los de la creación o constitución y de la extinción. La situación jurídica tiene una fase durante la cual producen sus efectos, los efectos posteriores a las entradas en vigor de la nueva ley son regulados por ella. El autor ha puesto el acento en el efecto inmediato hacia el futuro de la nueva ley. Este principio de aplicación inmediata tiene una excepción en la doctrina de Roubier, los contratos que tiene duraciones en el tiempo sometidos a la ley en vigor al tiempo de su conclusión.

UNIDAD 3: Relaciones jurídicas, derechos, bienes y cosas.

Situación jurídica y relación jurídica.

La situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulado por el derecho, pueden ser unisubjetivas o plurisubjetivas. Las primeras refieren a la persona en sí misma o con relación a los bienes, y la segunda se refieren a situaciones donde actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica. La noción de situación jurídica es útil pues permite deslindar las situaciones en que se establece un tipo de vínculo o nexo entre la persona y la cosa, de aquellas en las que la situación se compone de dos términos personales.

Derechos individuales, derechos individuales homogéneos, derechos individuales de incidencia colectiva

Los derechos individuales hacen referencia a aquellos derechos de los que gozan los individuos como particulares y que no pueden ser restringidos por los gobernantes. Son derechos que se tienen por el simple hecho de ser una persona. El artículo 43 de la Constitución Nacional en su primer párrafo dice: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la

inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. En este artículo podemos encontrar la Acción de Amparo.

Nuestro Código Civil y Comercial reconoce estos derechos en su artículo 14, a), en el establece en este caso que el interés es individual, lo cual se proyectó en la legitimación, pues los derechos sobre bienes jurídicos deben ser ejercidos por su titular. Algunos ejemplos de estos derechos son el derecho al libre comercio a la integridad personal, a la propiedad, a la libertad individual, entre otros. Estos tienen en cuenta la persona jurídica “en sí” y se reconocen “frente” o “contra” el Estado.

Los derechos de incidencia colectiva identifican el interés de la comunidad en general de que se respeten determinados derechos que corresponden a los ciudadanos. Se trata de cuestiones que son referentes a muchas personas que conforman una colectividad la cual puede verse afectada por la profanación de un derecho. Son invisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en el sentido estricto, estos bienes pertenecen a la esfera social. Su reconocimiento a nivel nacional se concretó con la reforma constitucional de 1994 con la inclusión de la acción de amparo en el artículo 43, segundo párrafo de la misma, el cual dice: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, 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”. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual. Cuando se ejerce de forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de “causa petendi”, se utiliza para definir cuáles son los hechos por los que el actor o quien inicia un juicio se ve compelido a comenzar el procedimiento jurisdiccional intentado.

Los derechos Individuales homogéneos son aquellos en los cuales una causa común afecta una pluralidad de derecho y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Son derechos subjetivos individuales y no indivisibles. Son derechos individuales cuya violación pueden dar origen a reclamos individuales es su homogeneidad, la cual proviene del hecho que la violación a estos derechos es un conjunto de personas, y por ello se justifica el tratamiento del hecho en conjunto. El anteproyecto en su artículo 14, enuncia que estos pueden ser ejercidos si existen una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común. Los derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos, se refieren a los derechos personales o patrimoniales que provienen de lesiones como al ambiente, la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores, y como de los derechos de sujetos discriminados. Acarrea una causa homogénea para todos los individuos o grupos implicados en ellos, es el tratamiento conjunto de las pretensiones de todas las personas afectadas, a pesar de la naturaleza esencialmente individual y divisible de cada reclamo, como así también que la sentencia tenga efectos “erga omnes”, y sus efectos se hagan extensivos a aquellas personas que estén en similares circunstancias.

Clasificación de derechos subjetivos

Son aquellas facultades o prerrogativas que tenemos los hombres de exigirles a los demás que se nos respeten esos derechos, nos corresponden por el hecho de ser persona, es el poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de intereses jurídicamente protegidos. Se dividen en: Derechos Patrimoniales y Derechos Extra Patrimoniales.

A todo derecho subjetivo corresponde un deber que aparece como correlativo al mismo, es decir que frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, se presenta el deber de la otra parte, de satisfacer esa prestación. Este deber en ciertas circunstancias es genérico, de modo tal que corresponde a toda la comunidad, respetar mi derecho de propiedad. Tanto en el supuesto del deber individualizado en alguien, como en el deber genéricamente atribuido a toda la comunidad, se impone un sacrificio del interés propio respecto del ajeno, por lo tanto, corresponde a un mandato o imperativo categórico que debe ser respetado en todo caso. En la carga se exige el sacrificio propio para satisfacer otro interés propio. Otro elemento son las facultades, estas no tienen una vida independiente del derecho del que forman parte y aún pueden afectar el derecho en si.

- Derechos absolutos: es aquel que, en favor de su titular, impone a los demás una sujeción genérica de no perturbar ni violar ese derecho; esto no implica sostener que sean ilimitados, sino que se está aludiendo solo a los sujetos frente a los cuales pueden hacerse valer aunque si están todos obligados a respetar la intimidad y el derecho de propiedad de todos y cada uno.
- Derechos relativos: aquellos que pueden hacerse valer frente a un derecho determinado

- Derechos patrimoniales: aquellos que tutelan directamente intereses económicos valorables en dinero, y a su vez son por regla general derechos transmisibles
- Derechos no patrimoniales: actúan preferentemente en relación con intereses de orden moral. – Pertenecen a la categoría de los derechos de la personalidad y los derechos de familia por regla general-
- Derechos principales: Los derechos reales son principales
- Derechos accesorios: son los derechos que tienen su vida vinculada a otros y se transmiten juntamente con ellos.

(Sub clasificación de derechos patrimoniales)

- Derechos reales: son aquellas situaciones jurídicas unisubjetivas que refleja el modo de estar las personas con relación a las cosas.
- Derechos de crédito u obligaciones: también llamados derechos personales, son los que imponen al sujeto pasivo (deudor) hacer o no algo en favor del sujeto activo (acreedor).
- Derechos intelectuales: son los derechos que se ejercen sobre las obras de inteligencia y del espíritu, es decir sobre las obras literarias, musicales o cualquier otro tipo de creación artístico, y sobre bienes que corresponden a lo que se denomina la propiedad industrial, marcas, patentes, etc.

Tipos:

- Derecho de la personalidad: refiere al reconocimiento y respeto de la personalidad humana y dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual. Quedan comprendidos en esta categoría el derecho a la identidad, al honor, a la intimidad y a la imagen como tuitivas de la personalidad espiritual; y por otro lado el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la disposición del cadáver, son los que hacen a la personalidad física.
 - Derechos personales y familiares: son derechos que tienen el sujeto en virtud de la posición que ocupa en la familia. Carecen de contenido patrimonial y también son por regla general intransmisibles. Pertenecen a esta categoría los derechos y obligaciones que emanan responsabilidad parental, de la tutela y de la curatela, los deberes de los esposos y convivientes, etc
 - Derechos de cooperación: son los que autorizan a formar la voluntad y tomar parte en la actividad de sociedades, asociaciones o corporaciones, derivados de la posición de socio o miembro y sin que puedan separarse de esta cualidad social. son derechos que permiten participar en la asamblea social, emitir el voto, controlar la gestión, etc.
- El derecho subjetivo se manifiesta, en su forma más dinámica, siempre en forma de una acción, a través de la cual se promueve un proceso judicial. Entonces los derechos se pueden ejercer por *vía de acción*, el cual corresponde a la acción sin necesidad de que la ley expresamente la conceda; y por *vía de excepción*, que corresponde a la defensa de aquel en contra quien se dirige la acción. Esa excepción se puede ejercer de dos maneras: afirmando que la acción carece de fundamento jurídico o contraponiendo la existencia de una circunstancia o de un derecho que se destruye en todo o en parte la pretensión del actor.

UNIDAD 4: Las personas

Concepto de persona

Existen dos concepciones sobre la persona. Por un lado, la persona es el hombre, y todo hombre por el solo hecho de serlo es una persona en el mundo del derecho. Por otro, sostiene que persona es un concepto jurídico, mientras que hombre es un concepto de la naturaleza, no todos los hombres son necesariamente persona sino que el hombre es persona cuando el mismo ordenamiento jurídico le atribuye capacidad u otros elementos accidentales. El nuevo CC y C hablan de Persona Humana y si bien no indica una definición ni características, porque entiende que persona es todo ser humano por el hecho de serlo. En el anterior Código, la definía como todo ente capaz de que susceptible de adquirir derechos y obligaciones.

Las personas humana, son consideradas todas las personas, mientras que la persona jurídica es Todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. El derecho moderno reconoce la existencia de atributos esenciales a toda persona, que son el nombre, el estado, la capacidad, el domicilio y los derechos de la personalidad.

Las personas de existencia visible (personas físicas), son aquellas que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, es decir es la persona humana.

Personas jurídicas, los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. La característica principal que diferencia entre una persona física y personas jurídicas es que estas últimas carecen de estado civil.

Comienzo de la existencia:

La existencia de la persona comienza en el momento mismo de la concepción; desde el momento en que se unen los gametos masculino y femenino, existe un nuevo individuo único. El CCyC no distingue el modo en que se realiza la concepción. Esa existencia, no obstante, está subordinada al nacimiento con vida. El artículo 19 de la constitución nacional enuncia que, “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. En el código civil y comercial, se considera que el comienzo de la persona humana tiene lugar desde el momento de la concepción, se es persona desde que se está concebido, aun cuando todavía no haya nacido.

La persona por nacer puede tener un seguro, un inmueble, tiene derecho a alimentos, a una indemnización por daños y perjuicios. Tiene Capacidad de derecho y es titular de relaciones jurídicas. Ley 26994 art inc.2. Resultando evidente que al ser concebido pero no nacido reclama protección, la cuestión es determinar si el embrión puede ser considerado una persona, si lo es aun cuando la concepción se realice fuera del seno materno y si se requiere un desarrollo determinado de las células embrionarias para que estas puedan ser consideradas un ser humano en formación, digno protección como “persona por nacer”.

Técnicas de reproducción asistida

Estas técnicas son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Entre ellas, se encuentran dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro.

La inseminación artificial se entiende la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación.

Inseminación artificial homóloga: es la que se practica con semen del marido y que se reconoce con la sigla IAH

Inseminación artificial heteróloga: se practica con semen de un dador no vinculado a la mujer receptora por vínculo matrimonial o convivencial.

Filiación por voluntad procreacional:

La fecundación extracorpórea o in vitro refiere al conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el espermatozoide, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para la ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno. Se conocen distintos métodos. En estos casos la fecundación puede también lograrse con semen del conyugue, del conviviente o de un dador que no tiene ningún vínculo con la donadora del óvulo; Asimismo, la implantación puede hacerse en el vientre de la persona cuyo óvulo se fecunda, o en el de otra mujer (madre portadora)

El FIV: en este caso el semen se coloca con los óvulos obtenidos mediante aspiración, en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante 48 horas hasta lograr la fertilización. Producida esta se transfiere algunos embriones a la madre, pudiendo congelarse los restantes.

El GIFT: consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación.

La ley de fertilización asistida

Problemas:

Estas técnicas están cada día más desarrolladas, y en particular la fecundación extracorpórea ha logrado notables avances por haberse podido congelar.

Toda esta materia genera una serie de cuestiones: naturaleza de los óvulos y espermatozoides (gametos humanos); dación de los gametos, donde se debate la necesidad o no de preservar el anonimato del dador en la fecundación heteróloga; naturaleza jurídica del embrión, congelación, manipulación y destrucción de los embriones supernumerarios; la legitimidad o no de la denominada maternidad por sustitución.

Naturaleza del gameto y del embrión.

El espermatozoide (gameto masculino) si bien tiene vida, no es una vida independiente, sino que es parte del cuerpo del padre, es una célula del organismo del padre. Está destinado a fertilizar un óvulo o morir. Se encuentra al final de su recorrido.

El óvulo (gameto femenino) tiene vida, pero no una vida independiente sino que es parte del cuerpo de la madre, es una célula del organismo de la madre. Está destinado a ser fertilizado o morir.

El embrión, en tanto, es un nuevo ser viviente, una criatura que nunca antes ha existido y que está en el amanecer de su existencia, íntegra, completa, que contiene en su seno la totalidad de todo aquello que esa criatura llegará a ser, una criatura que avanza sostenidamente en ese proceso ordenado de crecimiento y maduración, es una nueva vida, que no le pertenece al padre o a la madre. El embrión es un nuevo ser. Titular de su propio cuerpo (art.17, 51 y 57, CCyCN).

Maternidad por sustitución.

Existe maternidad por otro cuando una mujer acepta que se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregar el niño a sus padres biológicos.

No hay maternidad por sustitución cuando la mujer acepta ser inseminada con el semen de un hombre que no es su esposo y procrear un hijo, el que, una vez nacido, es entregado al padre renunciando la madre a los derechos materno-filiales.

Decimos entonces que en este caso no hay maternidad por otro porque la madre portadora coincide con la madre genética. En cambio, en el primer supuesto, existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis que ahora estudiamos.

Discusión: la utilización de esta técnica plantea numerosos interrogantes al derechos como la determinación de la maternidad, el derecho a interrumpir el embarazo en aquellos países que lo permiten, el derecho de la madre gestante a no entregar el niño, el derecho a repetir lo pagado cuando la madre portadora se niega a entrar al niño, la revocabilidad del acto,

la aplicabilidad o no de las presunciones de la paternidad, necesidad del consentimiento expreso del marido de la madre portadora, legitimación y resultado de los acciones de filiación, posibles derechos hereditarios del niño cuando sus padres biológicos mueren durante la gestación.

En orden a la solución de los problemas que se plantean supra, se tiene que concluir en que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta da su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede nunca ser clasificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio (art 1004)

En consecuencia el acto extrapatrimonial que importa la dación del tero debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere a la ley o la moral (arts 17, 56)

Este tipo de acuerdo se hace pasible de las otras objeciones:

- Se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos pero no se considera el interés del niño.
- Se privilegia al nexo genético sin tener en cuenta que son también importantes los nexos creados durante el embarazo, ya que si bien los códigos genéticos del niño son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica de la madre durante el embarazo.
- Se disocia voluntariamente la maternidad, pues plantean una doble maternidad, la de la madre gestante y la de la madre biológica.
- Es contraria al orden público porque genera inseguridades con respecto a la filiación

El anteproyecto del Código Civ y Com contemplaba la gestación por sustitución en el art 562, ese artículo fue suprimido al sancionarse el texto definitivo. Así, actualmente la legislación argentina no prevé la maternidad subrogada, y cualquier contrato firmado en este sentido, sería nulo y daría derecho a repetir lo pagado en caso de que la madre portadora se niegue a cumplir el acuerdo. Si el acuerdo se cumpliera, la filiación queda determinada por el parto; sin perjuicio de ello, el padre biológico podría reconocer al niño como suyo, y la madre genética podría reclamar la adopción. De no cumplirse el acuerdo, e intentarse las acciones de filiación, los resultados a los que se podría arribar son absurdos pues el niño tendría dos madres. La jurisprudencia extranjera se ha pronunciado sobre esta materia por sustitución, negando su procedencia cuando ello afecte al orden público interno.

UNIDAD 5: Capacidad de las personas humanas

Concepto de capacidad

Capacidad: Es el grado de aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes.

Capacidad de derecho: Es la aptitud de las personas para ser titular de derechos y obligaciones. Esta "aptitud" que se instala en la subjetividad, es inherente al ser humano, indelible de su propia naturaleza. Se trata de un aspecto abstracto. Se tiene capacidad de derecho desde el momento de la concepción, se puede ser titular de derechos desde la concepción.

Capacidad de ejercicio: Es la aptitud de la persona para ejercer por sí misma sus derechos y contraer obligaciones, posee un efecto dinámico. Excepto las limitaciones previstas en el código y en una sentencia judicial.

Esta privación, se funda en la insuficiencia mental de algunas personas para realizar ciertos actos (menores que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente y los declarados insanos) o bien en la carencia de libertad que traba la libre y eficaz actuación (condenados) o finalmente en la necesidad de proteger al interesado y su familia del peligro de una dilapidación irrazonable de sus bienes (pródigo).

En todos estos casos, los actos para los cuales la ley declara incapaz a una persona solo pueden ser realizados por medio de sus representantes legales.

Esto es, regla general es la CAPACIDAD donde tengo capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, pero el código los limita (ej.- personas menores de edad que no pueden realizar actos patrimoniales).

Incapacidad

La cara opuesta a la capacidad de ejercicio y de derecho está dada por la incapacidad, porque si bien la bolilla se denomina capacidad, la mayoría del estudio es sobre incapaces. Primero se debe entender qué es la capacidad para entender luego cuándo una persona es incapaz.

Incapacidad de derecho

-Esta nunca puede ser absoluta. Esto es cuando la ley prohíbe a una persona ser titular de un derecho. Todas las personas son capaces de derecho y solo lo dejan de serlo cuando la ley lo prohíbe.

-Está fundada en razones morales, pues las prohibiciones recaen sobre actos que de realizarse serían contrarios a la moral. En el CC y C las incapacidad es de derecho se encuentran dispersas a través de todo el ordenamiento jurídico, ejemplo: artículo 1002.- Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio:

- a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados;
- b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. En

virtud de este fundamento, cuando un incapaz de derecho celebra el acto que le esta prohibido, la ley considera nulo dicho acto. No puede ser salvada por medio de un representante. Nunca es absoluta. Siempre es relativa. Esto significa que la prohibición de ser titular de un derecho estará siempre referida a un derecho determinado, pero nunca a todos los derechos. Si alguien careciera totalmente de capacidad de derecho sería un muerto civil, y ello no se admite en el derecho moderno.

Incapacidad de ejercicio

En algunos casos la Ley limita la capacidad de para ejercer a fines de proteger al incapaz y no le permite ejercer sus derechos por sí mismo sino a través de su representante legal (padre, madre, tutor, curador, etc.)

El CC y C eliminó la distinción entre incapacidad de ejercicio absoluta e incapacidad de ejercicio relativa.

ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo, la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

La Convención de las naciones unidas sobre los derechos de los discapacitados

Aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13/12/2006, Ley 26.378 (B.O. 09/06/2008) y ratificada el 02/09/2008, La Convención reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, así como la importancia que reviste su autonomía e independencia individual. Su propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La República Argentina adoptó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la aprobación de la Ley 26.378, el 21 de mayo de 2008. La Convención, como tratado internacional, asume jerarquía superior a la leyes de acuerdo art.75 inc 22 de la Constitución Nacional.

Capacidad de obrar restringida

El art 32 establece: "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."

Incapacidad de ejercicio

Imposibilidad jurídica de ejercer directamente el derecho del cual se es titular, que requiere para su efectividad un representante legal o la asistencia de determinada persona.

Limitaciones a la capacidad

El fundamento de las limitaciones a la capacidad de ejercicio es la falta de edad y grado de madurez suficiente o la ineptitud física del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. Estos son los casos de los menores de edad y las personas con capacidad restringida. En otros supuestos, el fundamento es la absoluta imposibilidad material de ejercer los derechos (personas por nacer) o la imposibilidad de interactuar con su entorno y expresar su voluntad (personas incapaces)

Protección de los incapaces

Las personas que tienen derecho a una protección especial del ordenamiento no son solo los enfermos mentales, hay otras personas que sin padecer una enfermedad mental, presentan ciertas discapacidades que las hacen merecedoras de una mirada particular de la ley, se persigue el reconocimiento a la dignidad personal que tienen.

El código prevé la representación como una forma de sustitución de la voluntad que resulta excepcional y un sistema amplio de asistencia que debe ser adoptado con los apoyos que determine el juez. El artículo 100 establece que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí. Y el artículo 26 establece quienes son los seres más idóneos para realizar esa representación

De las personas por nacer	Sus padres, a falta o incapacidad de estos, los curadores que les nombre.
De los menores no emancipados	Sus padres y a falta de esto sus tutores.
De las personas con capacidad restringida	El o los apoyos que se le designen en una sentencia.
De la persona declarada incapaz	Se designa un curador

Por apoyo debe entenderse cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a quien lo necesite, la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Supone que la persona conserva su capacidad, la cual es restringida solo para determinado acto o actos. Es decir que la excepcionalidad se da también respecto del objeto (no se restringe la capacidad de la persona en términos generales, sino para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia). El artículo 32 dice que el juez debe designar

los apoyos necesarios que prevé el art 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades. Los apoyos deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida

Las personas incapaces:

Para que sea viable la declaración de incapacidad la persona no debe mostrar ningún signo evidente de conciencia de si o del ambiente, y no poder interactuar con los demás

Alguna parte de la doctrina considera a la declaración de incapacidad violatoria del art 12 de la Convención sobre Derechos de la persona con Discapacidad.

Lo cierto es que hay casos donde resulta totalmente imposible la asistencia pues el discapacitado está totalmente aislado del mundo en su propia afección

El ministerio público

El ministerio público de la defensa un órgano independiente de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo con los principios, funciones y previsiones establecidas en la Ley 27149.

Integrado por:

- defensores públicos de menores e incapaces, (ART 43)
- defensores públicos tutores y; (ART 44 Y 45)
- defensores públicos curadores. (ART 46 DE LA LEY 27149)

ARTÍCULO 103 CCCN. - Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiere de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

- i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
- ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
- iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

El patronato

La Ley 26061 ratificó la convención de los derechos del niño y puso fin al patronato de menores, en el orden nacional y provincial, al derogar la ley 10903 que imponía en cabeza de los jueces la protección de los menores, atendiendo a su salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela, ante la situación de desamparo y riesgo, los niños quedaban bajo la tutela del juez de familia, quien era el encargado de velar por su integral protección. Esta ley establece como medidas excepcionales los casos en que los niños o adolescentes deban retirarse del núcleo familiar ya sea en forma temporal o permanente, siendo el organismo administrativo local de infancia el que tome la decisión sobre estas medidas extremas. La autoridad judicial competente queda encargada de asegurar la legalidad procedimental. Se consideran medidas de excepción, solo cuando se han agotado otras medidas e instancias previas, por lo cual no se debe intentar sustituir a las familias de origen, sino preservar la identidad familiar de los menores, conservando la convivencia entre hermanos, y en ningún caso privándolos de su libertad.

Menores de edad

Menor de edad es la persona que no ha cumplido los 18 años (ART 25 CCCN) . Adolescente es una persona menor de edad que cumplió los 13 años hasta lograr la mayoría de edad, una vez cumplidos los 18 años se lo considera persona mayor de edad.

En lo que concierne a las personas menores de edad, son consideradas incapaces de ejercicio, y, por ende, sujetas a la representación legal de sus padres o tutor que se les nombre (ART 101 INC B).

El ordenamiento jurídico prevé, según pautas de edad y grado de madurez que podrá haber actos que realicen a través de sus representantes legales, otros que ejerzan por sí mismos bajo un régimen de asistencia y otros que podrán ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el propio código les reconoce (ART 26 y concs.)

En el siglo pasado el niño o niña era visto como objeto de derecho, no como sujeto de derecho. En la actualidad este paradigma cambió y encuentra fundamentos en los tratados internacionales y que consideran al niño/a como protagonista. El CCCN instauró un cambio de paradigma respecto del Código de Vélez (establecido sobre la base de un sistema legal rígido) el CCCN es más flexible y respetuoso de la personalidad de la persona menor, permite que la persona menor de edad se exprese y tome decisiones en esferas relacionadas con su persona e intereses.

La autonomía progresiva

Consagra el Principio de autonomía progresiva de los menores, incorporado expresamente en el ART 639 INC B “y que significa que se procura instrumentar en el máximo grado la participación y ejercicio de los derechos por parte de los niños en los asuntos que les conciernen, teniendo en cuenta para ello no solamente un parámetro general y rígido como su edad sino también aspectos variables y a evaluar en cada caso concreto, como lo son su grado de madurez y facultades.” Y también expresa “la responsabilidad parental se rige por los principios de autonomía progresiva del hijo conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Y se establece el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”

Así mismo el CCCN se basa en la pauta interpretativa del interés superior del niño, que incorpora a partir de la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO,.

Interés superior del niño.

La convención internacional de derechos del niño reconoce no solo su interés superior, sino que también establece que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Se encuentra expresada en el art 3 de la convención de los derechos del niño. Es una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y también constituye un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El niño como sujeto autónomo y activo que tiene una protección especial. El interés superior del niño no es solo lo que le conviene o le gustaría al menor sino en qué medida la decisión adoptada garantiza la implementación de los postulados de la convención de los derechos del niño.

Régimen de capacidad.

La representación de los menores por sus padres o tutores cesa al llegar a la mayoría de edad o emancipación. Por ello, el menos de 18 años aunque cuente con madurez suficiente no tiene capacidad de ejercicio para todos los actos de la vida civil. El artículo 25 del código enuncia Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Por otro lado en el art. 26 dice que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Capacidad laboral y profesional

La finalidad de ambas disciplinas tanto como el derecho civil como el laboral, es la misma, proteger a quienes antes de los 18 años de edad por opción o por necesidad deben procurar un sustento para sí o para su familia. La prohibición de trabajo, en toda actividad, persiga o no fines lucrativos, exista o no contrato de trabajo, de toda persona menor de 16 años. Los menores de esa edad solo pueden ser ocupados exclusivamente en empresas familiares, en jornadas de trabajo reducidas, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres y que cumplan con la asistencia escolar.

- ART 30 La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

- ART 681 El hijo menor de 16 años puede ejercer oficio, profesión o industria con previa autorización de sus progenitores, conforme a lo que dispone el CCCN y las leyes especiales.

- ART 683 Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil.

Cesación a la incapacidad

La representación de los menores por sus padres o tutores cesa lógicamente al llegar el menor a la mayoría de edad (art 25: persona menor de edad que cumplió los 13 años hasta lograr la mayoría de edad, una vez cumplidos los 18 años se lo considera persona mayor de edad.) o por emancipación (art 27).

En el supuesto de los incapaces o personas con capacidad restringida, la representación del curador del incapaz o la asistencia de quienes ejerzan funciones de apoyo, cesan por la muerte de sus representados o sus asistidos. Fuera de ese supuesto, el cese requerirá del procedimiento judicial previsto en el art 47.

Emancipación

El art 27 prevé como una forma de emancipación la que tiene lugar como consecuencia del matrimonio. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en el CCCN.

- La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe.
- El menor de 16 años necesita de autorización familiar y dispensa judicial, el juez debe analizar el caso.
- El mayor de 16 años solo necesita autorización de sus padres.

Actos prohibidos a la persona emancipada. ART 28.

La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial

- aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito
- hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito
- afianzar obligaciones

Las restricciones de la capacidad e incapacidad

El artículo 31 establece las reglas generales sobre la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

La capacidad general de ejercicio se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.
Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.
La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.
La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.
La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.
Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

La capacidad jurídica se presume en toda circunstancia, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Excepcionalmente, el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser limitado. Dicha limitación procede solo con el fin de beneficiar a la persona y a través de una sentencia judicial, en los casos previstos por el código. Tanto el proceso judicial como cualquier otra intervención estatal deben ser siempre de carácter interdisciplinario. La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada. En el caso de que la persona carezca de medios, dicha asistencia será proporcionada por el Estado. Durante el proceso, a la persona se le debe garantizar el acceso a la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, en el caso de requerirse una medida terapéutica, siempre se priorizará la menos restrictiva de los derechos y libertades de la persona.

Antecedentes

Reforma por ley 17.711: Modelo médico – Jurídico. Se tiene en cuenta la afección o discapacidad más su injerencia en la vida en relación de la persona.C.C.C.N.: Se amolda a los principios sentados por la Ley de Salud Mental, y por lo dispuesto por Tratados y Convenciones sobre Discapacidad. Se cambia hacia un modelo social, donde además se exige que el juez cuente con dictámenes interdisciplinarios. Se busca que el sujeto tenga un rol activo en el proceso, que se respete su autonomía de la voluntad, de modo que sea él quien realice los actos restringidos sirviéndose de los sistemas. En el sistema actual el juez NO se centra en los actos que la persona no puede realizar, SINO en lo que la persona necesita para poder realizar por sí misma estos actos. Se abandona el sistema binario Capacidad – Incapacidad.

Declaración de capacidad restringida y de incapacidad

El abogado presenta escrito ante juez competente para cumplir instrucción de los interesados. el juez debe correr el traslado al presunto incapaz y convocar a un equipo interdisciplinario para que emitan un informe

- art 33 legitimados

están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: el propio interesado, el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado. los parientes dentro del cuarto grado (por afinidad) y el ministerio público.

- art. 34 medidas cautelares

durante el proceso el juez puede ordenar medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. se debe determinar que actos requieren apoyos o curador

- art. 35 entrevista personal

el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables de acuerdo a la situación de aquel.

la entrevista es obligatoria y debe contar con la participación del ministerio público (el juez debe poner en conocimiento al ministerio público) y un letrado en concurrencia con el derecho a participar y ser oído (art. 36)

- art. 37 sentencia

se debe pronunciar sobre los aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue en proceso: diagnóstico y pronóstico, época en que la situación se manifestó, recursos personales familiares y sociales existentes, régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. para expedirse es imprescindible el dictamen del equipo interdisciplinario.

- art. 38 alcance de la sentencia

la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía sea la mínima posible. debe designar apoyos o curadores y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción.

- art. 39 registración de la sentencia

debe ser inscripta en el registro civil y de capacidad de las personas dejando constancia al margen del acta de nacimiento. los efectos contra terceros se produce recién a partir de la fecha de inscripción en el registro.

- art. 40 revisión de sentencia

la revisión de la sentencia puede tener lugar en cualquier momento a instancia del interesado. Pero si no se debe revisar en un plazo no superior a los 3 años. Antes de la declaración de incapacidad la persona goza de capacidad plena.

La internación en los supuestos del art. 41 puede ser voluntaria o involuntaria debe estar fundada en evaluación de equipo interdisciplinario y en ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de la libertad. Es un recurso terapéutico de carácter restrictivo y sólo procede ante la existencia de un daño para sí mismo o para terceros.

- sistema de apoyos: medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite a la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. promover la autonomía. el interesado puede proponer al juez una o más personas de su confianza. no puede haber conflicto de intereses ni ser una influencia indebida.

- ajustes razonables: medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que por diferentes causas se encuentran en la situación especial que no ha podido ser prevista a través de un diseño universal

Régimen de los actos posteriores y anteriores a la declaración judicial

art 44 actos posteriores a la sentencia

son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el registro civil y de capacidad de las personas

art. 45 actos anteriores a la inscripción

los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los extremos

- enfermedad ostensible a la época de la celebración del acto
- quien contrató con él era de mala fe
- el acto es a título gratuito

los actos anteriores a la declaración son válidos porque la persona se presume capaz. protección del tercero de buena fe y a título oneroso. el que compra no tiene porque saber si sos incapaz.

Persona fallecida

Artículo 46: luego de su fallecimiento los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se apruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

La privación de discernimiento y el acto involuntario

ARTÍCULO 261.-Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento:

- a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón

La internación

ARTÍCULO 41.- La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

ARTÍCULO 42.- La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.

Salud mental

ley 26.657-Art. 3: En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevaletentes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.

Los procesos de restricción de capacidad y de incapacidad

ARTÍCULO 36.-Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Interpuesta la solicitud de declaración de

incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados. Así el interesado es parte del proceso y puede aportar pruebas para defenderse de la petición iniciada por otro.

Normas de fondo y procesales

El código establece que el juez puede tomar todas las medidas cautelares que tiendan a proteger a la persona en cuyo beneficio se inició el proceso de restricción de la capacidad y esas medidas pueden estar dirigidas a preservar su patrimonio como también el cuidado de su persona. Estas medidas se dictan provisoriamente hasta que se produzca el dictado de la sentencia y allí el juez decida el régimen de protección definitivo. La entrevista con el interesado no resulta facultativa sino una obligación del juez, ese contacto directo debe servir al juzgado para ver las preferencias del sujeto que motiva al proceso, indagar sobre su entorno familiar y sus necesidades concretas.

Legitimación

Aparte de establecer las funciones de los apoyos o curadores el juez establece las consecuencias legales de no proceder conforme lo indicado en la sentencia. Inscripción de la sentencia: una vez dictada la sentencia debe ser inscripta en el registro de estado civil y capacidad de las personas. El código se ha preocupado por resolver cuestión de la publicidad de la sentencia. Es necesario que quienes contraten o se relacionen extra patrimonialmente con las personas restringidas en su capacidad o incapaces puedan tener como conocer los actos que le fueron restringidos o prohibidos. Pero los registros de la capacidad de las personas son provinciales y es posible que una persona que contrate con un sujeto restringido en su capacidad no pueda enterarse que el acto que fue objeto de ese contrato estaba vedado pues la sentencia fue dictada e inscripta en el registro perteneciente a otra provincia. El código aclara que la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el art 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en el plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia persona con el interesado. Es obligación del ministerio público verificar el incumplimiento e instar la revisión.

Requisitos de procedencia

- a) El proceso de declaración de incapacidad o capacidad restringida puede ser iniciado por los legitimados del ART 33, aportando toda clase de pruebas. Incluso el propio interesado puede iniciarlo
- b) Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos patrimoniales y personales de la persona, indicando que actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos y cuáles de la representación de un curador.
- c) antes de dictar resolución alguna el juez tiene la obligación de tomar contacto con la persona, debiendo entrevistar personalmente al interesado (lo hace comparecer ante el juzgado o el juez se traslada a donde se encuentre la persona). El Ministerio Público y al menos un letrado que preste asistencia al interesado deben estar presentes en las audiencias.

La figura del curador provisional o “ad litem”

En la legislación procesal vigente el nombramiento de un curador ad litem, deviene de la imposibilidad de poder emplazar al demandado, después de agotadas las diligencias pertinentes de ubicación y a través de resolución debidamente motivada. En la misma disposición se establecen las sanciones a las que se expone el actor que mintiere sobre el paradero del demandado.

La Sala de lo Constitucional en la sentencia de amparo pronunciada, afirma que “...Es importante acotar que para la utilización de la figura del curador especial o ad litem deben haberse agotado los medios posibles para garantizar el derecho de audiencia al demandado. Esto significa que debe haberse intentado el emplazamiento para contestar la demanda por los mecanismos que la ley prevé al efecto, pues solo ante la imposibilidad material del juez de efectuar una notificación personalmente puede hacerse por medio de otra persona (...) cuando se desconoce el paradero de la persona contra la que se reclama, el mismo legislador ha previsto la figura del curador especial o curador ad litem, quien representa los intereses del demandado ausente...”.

"Los "Curadores de los bienes" (arts. 148 y 471 del Código Civil) tienen a su cargo la administración de los bienes del presunto insano, de manera de preservarlo de operaciones ruinosas. A ellos corresponde la representación del insano en los juicios que se le inicien o promuevan, con excepción del de declaración de demencia, donde es representado por el "curador ad litem".

Pericia interdisciplinaria

Que el legislador haya escogido la necesidad de un abordaje interdisciplinario para el problema de la salud mental permite considerar que la utilización de dicho término corresponde a una opción razonada y concreta de un modelo de tratamiento de la cuestión y no a una elección circunstancial. Se impone, por tanto, clarificar el concepto de interdisciplina y lo primero que viene a la mente es la idea de integración de saberes, en tanto precisa sumar de alguna manera elementos distintivos de diferentes disciplinas en el abordaje de un problema concreto

La entrevista personal

Según el artículo 35 del código, el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

Sentencia

Efectos de la sentencia que declara la inhabilitación del pródigo que es una persona capaz. Por eso, la idea es que administre libremente sus bienes pero que no realice los actos que puedan comprometer su patrimonio. Recordemos que un acto de administración es aquél que realiza gestiones normales, ordinarias, respecto del patrimonio que no impliquen la salida de bienes (ej: pagar impuestos, dar en alquiler un inmueble) En cambio, un acto de disposición es el que implica gestiones extraordinarias en el patrimonio que significan un cambio en la composición del mismo (sale un bien del mismo: una venta, una donación) .Por ello, es que el inhabilitado no puede disponer de sus bienes por actos entre vivos sin la conformidad del apoyo. Aclaremos que los actos jurídicos también se pueden clasificar en actos “entre vivos” o “mortis causa o de última voluntad” .Los primeros son aquellos que producen efectos en vida de las partes,(compraventa, donación) , o sea, que su eficacia no depende del fallecimiento de aquellas personas de cuya voluntad emanan; en cambio, los segundos producen efectos luego de la muerte de su autor, “existen” a partir de ese momento (testamento). Por lo tanto, en términos generales no pueden vender, no pueden donar sin la conformidad del apoyo designado. En cambio, puede otorgar testamento (salvo que el juez se convenciera de que no tiene plena razón para testar). Los actos de administración ,por lo tanto, le son permitidos al inhabilitado pero el juez podría incluir dentro de la restricción otros actos que el juez entendiera que pueden llegar a perjudicar el patrimonio. El CC derogado establecía que el juez podía también incluir dentro de las restricciones actos de administración que estimara viables ,el CCCN se refiere a “demás actos” a incluir en la sentencia.

I) La sentencia debe contar con:

- a) diagnóstico y pronóstico
- b) época en que la situación se manifestó
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible

II) para expedirse es IMPRESCINDIBLE el DICTAMEN DE UN EQUIPO INTERDISCIPLINARIO

III) LA SENTENCIA PUEDE:

- a) rechazar el pedido (por considerarlo sano)
- b) restringir la capacidad
- c) declarar la incapacidad

IV) la sentencia debe ser INSCRIPTA EN EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS y se debe dejar constancia en el margen del acta de nacimiento de la persona

Cesación de la restricción de la capacidad y de la incapacidad , el proceso de cese

Según el art 47 del código, El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre

el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

Inhabilitación judicial

Segun el artículo 49 del código, la declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.

La inhabilitación judicial es una institución que tiene por objeto la protección de personas que padecen determinadas deficiencias psíquicas, físicas o de conducta, en tanto estas pueden llevar a otorgar al sujeto actos perjudiciales para su patrimonio o su persona; y que se extiende al caso de los pródigos, supuesto en el que el fin del Instituto radica en el amparo del grupo familiar de aquellos.

Según establece el artículo 152 bis , podrá inhabilitarse judicialmente:

- a) a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio
- b) a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 del Código , el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio
- c) a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio

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

Prodigio

El artículo 50 dice que pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Para que pueda decretarse la inhabilitación del pródigo, la ley exige los siguientes requisitos:

- a) la prodigalidad en los actos de administración del pródigo, la ley exige los siguientes requisitos:

La norma exige que existan negocios jurídicos de administración y disposición que constituyan dilapidaciones o despilfarros innecesarios o injustificados. A primera vista, podría pensarse que la dilapidación sólo puede estar vinculada a actos de disposición, pero en este aspecto, la doctrina ha hecho hincapié en que la administración tiene importancia en tanto da cuenta de una tendencia a la dilapidación. Sin perjuicio de eso, cabe señalar que compartimos el criterio según el cual la prodigalidad no puede apreciarse exclusivamente a través de actos de administración o meramente conservatorios

- b) La dilapidación de una parte importante del patrimonio

Se exige que el individuo hacia ti lapidado una parte importante de su patrimonio. Como se advierte, la exigencia legal es flexible permitiendo la apreciación judicial en cada caso; solución que se compadece con la idea de que los gastos deben ser desproporcionadas con la situación de la fortuna del sujeto. Como salió hemos dicho la dilapidación en si debe provenir de gastos injustificados, lo que comprende a los ruidosos, excesivos, irracionales, vanos, inútiles, insensatos o caprichosos; en suma, todos aquellos que no tengan una finalidad justificada o sensata.

- c) Debe existir la habitualidad

La pérdida accidental de una parte del patrimonio aunque fuera importante, no autoriza a la inhabilitación

d)La existencia del cónyuge, ascendientes o descendientes.

Nuestra legislación elige a la familia como destinataria de su protección. De ello se deriva que no es posible inhabilitar el sujeto si fallan las personas que la ley expresamente menciona. Por otra parte, debe existir el riesgo de que la familia quede en el desamparo.

Facultades del curador

La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin. No tiene aptitud física ni psíquica para dirigir su persona y administrar sus bienes, su incapacidad aunque sea evidente.

Cese de la inhabilitación

El cese de la inhabilitación está regulada por el artículo 50 que dice “El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo”.

Penados

El artículo 12 del código penal dice que “ La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.”

Esta norma a la par de establecer como pena accesoria de inhabilitación absoluta para el condenado a más de tres años de prisión o reclusión, incluye dos preceptos que hacen a su condición civil: la privación de la responsabilidad parental y de la administración y disposición de sus bienes por actos entre vivos, a cuyo fin declara que quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces. En definitiva, se trata de una medida tomada por un tribunal penal pero de naturaleza civil. Las condiciones requeridas para que el penado quede sujeto a esta especie de restricción a la capacidad de ejercicio son:

- a) que la pena sea de reclusión o prisión: cualquier otra pena no incide sobre la capacidad de ejercicio del penado ni sobre la vigencia de la patria potestad;
- b) que sea mayor de tres años; a estar a la letra del artículo aunque se ha sostenido que basta que la condena sea por ese término para que proceda la interdicción.

Naturaleza y fundamentos de la limitación.

- a) Una primera opinión -se la podría denominar “punitiva”- entiende que la restricción constituye una sanción o pena civil accesoria de la principal: es la ley penal la que establece las restricciones a modo de descalificación para actuar en ciertos aspectos de la vida negocial y familiar.
- b) Una segunda opinión -calificable como “tuitiva”-, encuentra la razón de ser en que la reclusión o prisión, y la consiguiente privación de la libertad, impiden gestionar adecuadamente los negocios y ejercer eficientemente los poderes, potestades y deberes que emergen de la responsabilidad parental. Debido a ello y con carácter tuitivo, se restringe la capacidad de ejercicio del penado, se lo suspende en el ejercicio de la responsabilidad parental y se le asigna una representación necesaria.

Situación jurídica de la mujer casada

Consagra una desigualdad entre los sexos siendo, en el fondo, un reflejo de la sociedad imperante de la época.

La mujer casada, durante el código de Vélez, (1871 a 1826) no podía trabajar, estudiar o ejercer el comercio, sin la autorización del marido. Debía obediencia al marido, y éste a cambio le debía protección.-

No podía administrar bienes, ni siquiera los propios, (salvo uno que podía excepcionarse de la normativa, pero solo si hacía su reserva al contraer matrimonio en forma expresa y por escritura pública (art. 1217 CC). El marido administraba y disponía de todos los bienes, los suyos, los gananciales y los de la esposa.-

Evolución del derecho argentino

Ley 17.711 Reforma parcial del C.C. (1968) Introduce modificaciones importantes en particular en lo referente a:

- 1) La capacidad de la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado civil y;
- 2) La administración y disposición de sus bienes, (arts. 1276 y 1277 CC).-

Ley 26.994. Sienta principios y otorga herramientas para que todos los ciudadanos podamos alcanzar una importante estatura moral y un nivel ético-social en el que los valores de la honestidad, la verdad, la justicia, la solidaridad, la coherencia entre lo que decimos y hacemos, el respeto por los otros, sea parte de la vida cotidiana.

La convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (23.179)

Fue adoptada en diciembre de 1979 y desde 1994 goza de jerarquía constitucional. Esta convención toma como punto de partida la discriminación estructural e histórica hacia las mujeres, reconociendo y protegiendo sus derechos.

UNIDAD 6: Otros supuestos considerados atributos de la personalidad

Estado

La palabra Estado hace referencia a la situación en la que se encuentra una persona o un objeto. Desde un punto de vista jurídico, el “Estado Civil” es la situación estable o permanente en la que se halla una persona física en relación con sus circunstancias personales y con la legislación. Esto determinaría la capacidad de obrar y los efectos jurídicos que tiene cada individuo. Por lo tanto, el estado civil puede contener ciertos aspectos relacionados con la vida de una persona como es el nacimiento y la defunción, el matrimonio, nombre y apellidos, entre otras. No se hace referencia puramente a el estado en torno a las relaciones de una persona en sentido a si se encuentra soltero o casado, como se usaría coloquialmente el término. Cuando el Código Civil y Comercial actual hace referencia al Estado, lo hace refiriéndose al concepto de “Estado de familia”.

La idea del “Estado de familia” se hace referencia a la perspectiva que se tiene en ella, y de la cual nacerán las relaciones familiares cuyo contenido serán derechos y deberes. A tal efecto, podemos determinar que el Estado de familia es “la posición que ocupa el sujeto con relación a la familia, que actúa como causa de relaciones jurídicas familiares cuyo contenido son derechos y deberes, que generalmente son recíprocos.” Este “Estado de familia” del que estamos hablando, encuentra se determina con relación a tres situaciones, las cuales son

- El matrimonio, por el cual se puede ser soltero, casado, viudo, divorciado o separado de hecho.
- La unión convivencial, mediante esta se puede ser cónyuge o conviviente.
- Las relaciones parentales, esta se divide a su vez en cuatro tipos, parentesco consanguíneo, parentesco adoptivo, parentesco por afinidad y parentesco por voluntad procreacional.

El estado por sí mismo posee diferentes caracteres los cuales logran darle un perfil propio y nos permiten una mayor profundización en el. Estos son:

- Universalidad: todo desplazamiento familiar genera un estado de familia el cual no se limita al matrimonio ni a la filiación.
- Correlatividad: Algunos estados están compuestos por dos personas, estas causan deberes y derechos usualmente recíprocos, pero hay veces en que esa reciprocidad no existe por eso se remarca el usualmente.
- Oponibilidad: El estado es oponible erga omnes, lo que se manifiesta a través del ejercicio de los derechos que emanan de él o cuando medie su invocación frente a quienes tengan como fin su desconocimiento.
- Estabilidad: El estado no es transmisible por actos jurídicos, también es intransigible según el artículo 1644 del código civil y comercial, el cual dice que no pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas.
- Imprescriptibilidad: El estado no se adquiere ni se pierde con el pasar del tiempo. Cabe aclarar que algunas acciones del estado están sometidas a plazos de caducidad por una específica razón.

Estado de familia

El concepto de estado de familia, como fue dicho está íntimamente relacionado con el término de estado civil, hace referencia a la posición que se tiene en esta, y de la cual surgirán relaciones jurídicas familiares cuyo contenido serán deberes y derechos. El estado de familia puede ser definido como la posición que ocupa el sujeto con relación a la familia, que actúe como causante de relaciones jurídicas familiares cuyo contenido son deberes y derechos que pueden ser recíprocos como no.

El estado de familia o de las personas sirve para determinar el número y la naturaleza de los derechos y las obligaciones que incumben a las personas, influye en la capacidad de ejercicio y en el nombre de las personas, determina las incapacidades del derecho, origina un derecho subjetivo a favor de las personas por el cual esta puede proteger su estado a través de las llamadas acciones de estado. En el ámbito del derecho procesal es motivo de excusación o recusación y de imposibilidad de testificar, en torno al derecho penal puede resultar ser un factor eximente o agravante en la realización de ciertos delitos. Este tipo de estado conlleva un vínculo biológico, jurídico o procreacional.

La posesión del estado consiste en el goce de un determinado estado de familia, sin que la persona tenga título para ese estado. Los autores han coincidido en señalar que, al menos con el estado de hijo, se han requerido tres elementos para que la persona goce de un Estado Civil, los cuales son:

-nomen, que la persona lleve el apellido de aquel con respecto al cual se comporta como hijo.

-tractus, que la persona sea tratado como un hijo.

-fama, que la persona sea tratada públicamente como hijo y se conozca la situación.

La doctrina y jurisprudencia tomaron estos elementos y los reformulo dando un nuevo aspecto a nomen y fama restandoles trascendencia comparado al trato. El código Civil y comercial en su artículo 584 atribuye el mismo calor a la debida acreditación mediante un juicio de la posesión de estado al trato. La posesión del estado, en cuanto a su acreditación junto a la constancia de un acto inválido, sirve para sanear esa invalidez formal.

Todo esto no podría ser posible si no existiera la persona, por ende, es muy importante ya que al nacer se le adjudica un conjunto de derechos. La misma importancia se le da a la muerte, pues allí termina la existencia de la persona. Otro punto a destacar en torno a la adjudicación de los derechos tiene que ver con el rango etario al cual pertenece, el cual contempla si es menor, adolescente o una persona adulta. Esto debe ser probado de manera fehaciente mediante el registro del nacimiento, la defunción y cualquier circunstancia que modifique el estado de la persona. Una forma de hacerlo es mediante el registro civil el cual es creado y regulado por cada provincia pero dentro de un marco regulatorio nacional establecido por la ley 26.413. Cada registro debe llevar distintos libros que son conformados por folios individuales del cual se toman copias, el original y la copia tienen carácter de instrumento público. Un órgano importante de estos son las partidas en las cuales se acreditan las pruebas de estado civil, estas son expedidas por la entidad anteriormente nombrada. Las partidas constituyen instrumentos públicos destinados a suministrar una prueba cierta del estado de las personas y crean la presunción legal de la verdad de su contenido. Los registros civiles pueden otorgar otros instrumentos que acrediten los asientos en sus libros como los expresos en el artículo 23 de la ley 26.413. La confección de una partida del estado civil supone la intervención del oficial público y de una o varias personas, que le otorguen los elementos del acto que debe registrar. Los individuos pueden ser parte, cuando tiene que ver con el acta, puede actuar por sí o por medio del apoderado; declarante cuando hacen conocer al oficial público el hecho que debe inscribir, cuando la persona de la que se trata no puede hacerlo o no existe; o testigos cuando manifiestan que el acto o hecho les consta, poseen una importancia menor. la partida no solo prueba el nacimiento de un individuo, sino también el tiempo y las circunstancias, el sexo y la filiación. Por otro lado, el hecho de defunción se debe acreditar con un certificado médico manuscrito del último médico que trató a la persona.

La inscripción está sujeta a la posibilidad de errores e irregularidades, por ende es necesario encontrar una forma de enmendar eso. Según el artículo 96 del código civil y comercial ello se debe hacer conforme a lo dispuesto en la legislación especial. Complementado esto la ley 26.413 establece como principio general que registra una inscripción, la misma no podría ser modificada sino en virtud de una resolución o disposición de una autoridad competente. Excepcionalmente, las inscripciones podrían ser modificadas por vía administrativa, de oficio o petición de parte, cuando existan errores u omisiones materiales en los libros que surgen evidentes del propio texto o de su cotejo con otros instrumentos públicos.

Nombre

El nombre es el medio de identificación de las personas en la sociedad, está compuesto por el prenombre o el nombre y el apellido. El primero es la forma de designación de un individuo y se adquiere por su inscripción al registro civil, mientras que el segundo es una designación común a todas las personas que forman parte de una familia.

En sus inicios el nombre fue una necesidad del lenguaje ya que este es una clave de identificación de una persona. En doctrina se han elaborado numerosas tesis para explicar la naturaleza jurídica del nombre. Una parte de la doctrina actual entiende que el nombre de las personas humanas es un derecho subjetivo extrapatrimonial haciendo una distinción del nombre de las personas jurídicas que poseen contenido patrimonial. Por otro lado, otra corriente sostiene que el nombre debe ser considerado una institución de policía civil pues es impuesto por la ley en forma obligatoria a los fines de identificar a los individuos. Corresponde distinguir el nombre en sí de las facultades a que puede dar lugar. el nombre es un atributo de la personalidad que contribuye al ser humano, por ende corresponde a toda persona humana por el hecho de serlo. Desde una tercer perspectiva, existe un verdadero derecho subjetivo al nombre, pero las personas están obligadas a usar un nombre, porque es de interés comunitario. El ordenamiento legal de Argentina caracteriza al nombre como un derecho-deber

de identidad, este está plasmado en el artículo 62 del código civil y comercial. cabe recalcar las diferentes características que posee el nombre, estas son:

- Obligatoriedad: posee sus bases en el artículo 62 del código civil y comercial donde dice que toda persona debe llevar un nombre.
- Unidad: el nombre es único porque los individuos no pueden poseer más de uno.
- Indivisibilidad: nadie puede tener un nombre para determinadas personas y otro para otro grupo de personas.
- Oponibilidad erga omnes: esta característica consiste en la posibilidad de usar el nombre es oponible por la persona a quien corresponda contra todos.
- Valor moral o extrapatrimonial: el nombre es inestimable en dinero, pero puede generar derechos patrimoniales
- Inalienabilidad: el nombre no puede ser enajenado o transmitido mediante acto jurídico alguno. El principio surge de la fundación de identificación que tiene el nombre.
- Imprescriptibilidad: el nombre no se puede adquirir por el transcurso del tiempo, porque de otro modo se afectaría el principio fundamental de la inmutabilidad, ya que cualquiera podría cambiar su apellido usando uno distinto al de su filiación.

Apellido

El apellido es una designación común a todos los miembros de una familia, es necesario distinguir la diferencia entre el doble apellido y el apellido compuesto, ya que puede llegar a prestar a confusión. El primero resulta de adicionar el apellido de uno de los cónyuges al del otro cónyuge, esta composición no pasa como si de generación en generación, sino que se divide y solamente se transfiere el primer apellido y puede variar el agregado del segundo apellido. El segundo es aquel que está compuesto por dos apellidos que no pueden ser separados, en caso de eliminar uno, el apellido quedaría incompleto lo que genera que este tenga una condición de inalterable.

El apellido puede adquirirse por filiación como ocurre con los cónyuges que obtienen el apellido mediante el matrimonio, también puede ser resultado de un acto administrativo como sucede con la persona que no es portador de una filiación determinada, o cuando alguien pide ser inscriptos con un apellido el cual es usado comúnmente por el individuo.

En cuanto a los hijos que fueron fruto de un matrimonio, el artículo 64 del código civil y comercial establece que el hijo matrimonial debe llevar el apellido de alguno de los cónyuges. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro progenitor. Un cambio fundamental que atravesó nuestra legislación fue la de permitir que se pueda colocar el apellido de cualquiera de los padres al hijo, siempre y cuando este patrón de apellidos se repita en todos los hijos posteriores. No existe un límite determinado para la cantidad pero el apellido que se transmite es el primero. En cambio en los apellidos compuestos se transmiten tal cual a las generaciones siguientes.

Puede ocurrir que no se llegue a un acuerdo respecto al apellido de qué progenitor será el que prime en el doble apellido, en ese caso se determinará mediante un sorteo efectuado por el Registro civil y capacidad de las personas. Lo que hace esto es equiparar los derechos entre ambos progenitores para que la elección del apellido sea en condiciones igualdad para ambas partes, y así evitar una discriminación hacia el apellido materno, en el caso de un matrimonio heterosexual, ya que la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y otros instrumentos supranacionales repudian la marginación del género femenino en las decisiones, y todo tratado internacional sobre derechos humanos posee supremacía constitucional gracias al artículo 75 inciso 22 de la constitución nacional. Es importante recalcar que previo a la reforma del código civil y comercial, se había declarado la inconstitucionalidad de la ley que imponía el apellido paterno a los hijos. El código civil y comercial en su artículo 64 prevé que se agregue el apellido del otro cónyuge, sea por voluntad de los padres o del interesado con mayoría de edad y madurez suficiente. En ese mismo artículo se determina que el hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el del progenitor que lo inscribe, si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente regirán las mismas normas que las que rigen en un hijo matrimonial. Si una de las filiaciones se determina luego, los padres acuerdan el orden de los apellidos y en caso de no llegar a un común acuerdo, el juez tiene la facultad de decidir por ellos. Es preciso aclarar que el hijo extramatrimonial recibe el apellido de que lo reconoce.

Puede ocurrir el supuesto de que un menor de edad no cuente con una filiación determinada y en ese caso, el artículo 65 del código civil y comercial establece que debe ser anotado por el oficial del registro del estado civil y la capacidad de las personas con el apellido común que no genere confusiones de parentesco. Ese apellido es provisional, una vez establecida la filiación se deba suplantarse el apellido común por el de quien haya establecido la filiación. También puede ocurrir el caso de una persona con edad y grado de madurez suficiente que no posea apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando. Es probable que al estar indocumentado o con documentación falsa no haya una certeza respecto de la edad del individuo, por ende se debe aplicar el artículo 99 que establece que la edad del sujeto debe ser determinada judicialmente con intervención de peritos.

En caso de filiación por matrimonio el artículo 67 del código civil y comercial dispone que cualquiera de los cónyuges puede añadir su apellido al del otro cónyuge. Este principio no modifica el apellido salvo que opten por agregar el apellido de su

consorte al propio. En dicho artículo se prevé que en el supuesto de anulación del matrimonio, la persona no podrá portar el apellido del otro cónyuge a menos que así lo determine el juez. En caso de divorcio la regla general es la pérdida del apellido agregado.

Domicilio

El domicilio puede ser entendido como el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos. El domicilio es un concepto jurídico y para su determinación, adopta elementos de hecho diferentes en caso estimados como objetivamente preferibles. La capacidad de la persona se rige por el derecho a su domicilio, de la misma manera se rigen por la ley de domicilio los derechos reales sobre los bienes muebles que carecen de situación permanente; la ley de domicilio del difunto rige el modo de sucesión de los bienes materiales que el individuo dejó al morir. El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas como está establecido en el artículo 76 del código. Las notificaciones o emplazamientos judiciales deben ser efectuados en el domicilio real de la persona.

La residencia alude al lugar donde habita la persona de manera ordinaria con cierto nivel de estabilidad, aunque sin requerir el propósito de permanencia indefinida, ni el de centralizar su actividad allí. Implica la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir en ese lugar.

La residencia crea entre la persona y el lugar una relación de hecho semejante a la que deriva del domicilio, pero con un plazo determinado y con menos estabilidad. El artículo 74 inciso (c) establece que la residencia actual produce el efecto de domicilio legal en caso de transeúnte o los individuos de ejercicio ambulante.

La habitación es el lugar donde un individuo se encuentra accidental o momentáneamente, se trata de un orden vulgar y por ende no posee relevancia jurídica. La habitación determina la competencia de los jueces de ese lugar en materia de acciones personales para hacer efectivas obligaciones que carecen de estipulación expresa en cuanto al sitio de cumplimiento.

Domicilio real, legal, especial e ignorado

En el concepto de domicilio pueden distinguirse dos categorías. La primera consiste en la vinculación de la persona con un ente político exigido por la ley desde la perspectiva del derecho público, para el pleno ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía, más conocido como domicilio político. La segunda se trata del domicilio civil, este presenta distintas categorías. El domicilio general se aplica a las relaciones jurídicas de una persona y, en contraposición a este, el domicilio especial, con efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. Dentro de la categoría de domicilio general podemos encontrar los siguientes tipos:

El domicilio real, según el artículo 73, como el lugar de la residencia habitual de las personas humanas. Este domicilio está amparado por la garantía de inviolabilidad prescripta en el artículo 18 de la constitución nacional. El código civil y comercial en el artículo 74 ha establecido que el domicilio real se basa en la residencia. Esta característica ha brindado dos elementos para diferenciar a esta categoría, uno es “animus”, es decir la intención de permanencia en ese lugar, aunque transitoriamente no lo haga; y el “corpus”, que hace alusión a la efectiva presencia en el lugar para desarrollar las actividades de la vida cotidiana. El domicilio real posee las siguientes características:

- Necesidad: caracterizar el domicilio como atributo de la personalidad acarrea una consecuencia lógica. Ninguna persona puede carecer de domicilio, se trata de una exigencia del orden jurídico para poder ubicar territorialmente a los individuos y así poder exigirles el cumplimiento de sus debidas obligaciones.
- Unidad: ninguna persona puede tener más de un domicilio real, pues esta es su residencia habitual. El segundo párrafo del artículo 73 del código civil y comercial dispone que si una persona ejerce una actividad profesional o económica tiene su domicilio real en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones respectivas a esa actividad.

El domicilio legal, es definido por el artículo 74 como el lugar en donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Solo lo puede establecer la ley y sin perjuicio de lo dispuesto por las normas especiales. En determinadas circunstancias precisadas por la ley, el legislador atribuye un domicilio con total prescindencia de la residencia habitual. En estos casos, la ley presume que la persona reside ahí de manera permanente. Dicho domicilio puede ser entendido como:

- Forzoso: debido a que está imperativamente determinada por la ley y no puede hacerse excepción a él.
- Excepcional y de interpretación restrictiva: ya que funciona en la hipótesis prevista por la ley, y no puede ser extenderse por analogía de otros supuestos. El artículo 74 señala cuatro supuestos sobre el domicilio legal:

- A. Los funcionarios públicos, tienen su domicilio legal en el lugar que deben cumplir sus funciones, no siendo temporarias, periódicas o de simple comisión. La norma se refiere a toda clase de empleados públicos, sin importar su menester.
- B. Los militares de servicio activo tienen su domicilio en el lugar donde lo estén prestando.
- C. Los transeúntes o personas de ejercicio ambulantes, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual. Su finalidad es ubicar a las personas en algún lugar determinado para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- D. Las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes. La norma refiere a aquellos menores y a quienes se encuentren dentro lo dispuesto en el art 32.

El domicilio especial, es aquel domicilio que produce sus efectos limitados a una o a varias relaciones jurídicas determinadas. El domicilio especial reconoce las siguientes subdivisiones:

- Convencional o de elección, que aquel elegido por las partes de un contrato para el ejercicio de los derechos y las obligaciones que de él emanan establecidas en el artículo 75 del código civil y comercial.
- Procesal o ad litem, que es aquel que toda persona está obligada a constituir al tomar intervención en un proceso judicial y que debe hallarse dentro del radio del juzgado.

Este tipo de domicilio posee diferentes caracteres que logran una mejor diferenciación, estos son:

- No es necesario, es decir que este puede ser “múltiple” ya que no le resulta aplicable el principio de “unidad”.
- No es inalienable, por ende este domicilio puede transmitirse a los sucesores universales y también a aquellos sucesores singulares.
- Es contractual, porque es resultado de un contrato y por ende, perdura mientras los efectos de este último.
- Es excepcional, entonces es de interpretación restrictiva
- Es fijo e invariable, al ser una cláusula contractual no puede, en principio, alterarse unilateralmente por uno de los contratantes. La excepción se da si el cambio de domicilio es dentro de la misma localidad, ya que no necesita conformidad de ambas partes.

El domicilio ignorado está establecido por el artículo 76 del código civil y comercial, diciendo que la persona cuyo domicilio no es conocido, lo tiene en el lugar que se encuentra, y si este también se ignora, lo tiene en el último domicilio conocido. Este domicilio debe entenderse como un supuesto más del domicilio legal. El domicilio de los transeúntes es el lugar en donde se encuentran, porque resulta una necesidad legislativa asignarle un domicilio a quien resulta ambulante.

Ausencia del domicilio

La ausencia está regulada por el artículo 79 el cual expresa que . 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. Los supuestos a los que refieren los artículos 79 a 84 CCyC se verifican cuando una persona se ausenta de su domicilio o del lugar habitual de su residencia o actividades sin que se tenga noticia alguna de ella y no pueda deducirse ,prima facie, que la persona haya fallecido. Esta es la ausencia simple que, en realidad , supone una situación de incertidumbre sobre el estado de la persona.

Dentro de la situación descriptiva pueden darse distintos casos , dado que la persona ausente pudo o no dejar apoderado o indicar paradero y, en cada supuesto , el sistema jurídico interviene en defensa del ausente como objetivo primario de esta regulación . Función tuitiva que tiene importancia en aquellas relaciones jurídicas pendientes del ausente , en las demandas que puedan interponerse en su contra y cuando existan bienes que deban conservarse.

UNIDAD 7: Los derechos personalísimos

Los derechos personalísimos son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal , desde antes de su nacimiento y

hasta después de su muerte , y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad. Los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de los derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.

En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la disposición del cadáver , que son los que hacen a la personalidad física . También están comprendidos los derechos al honor , a la identidad personal , a la intimidad y el derecho a la imagen, como tutelares de la personalidad espiritual. Asimismo, habría que incluir el derecho a la libertad , en sus diversas manifestaciones.

DERECHO A LA PERSONALIDAD FÍSICA Y ESPIRITUAL

El ART 56, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo (ej. automutilarse) cuando causen una disminución permanente de su integridad o sean contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres SALVO que sean requeridos para el mejoramiento de la propia salud o de un tercero (para esto se requiere consentimiento de la persona, no puede ser suplido y es libremente revocable)

EL ART 54 no es exigible el cumplimiento de un contrato que tenga por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona.

EL ART 57 se prohíben las prácticas destinadas a producir alteraciones genéticas del embrión que se transmita a los descendientes

EL ART 58 se refiere a los requisitos para aquellos actos médicos e investigaciones cuya eficacia o seguridad no estén comprobados

EL ART 59 define el consentimiento informado, es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa, y adecuada respecto de: su estado de salud, procedimientos propuestos, beneficios, riesgos, etc.

EL ART 60 la persona capaz puede dar indicaciones médicas anticipadas o a través de un representante.

DERECHO A LA VIDA

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vida humana, desde la concepción. En consonancia con lo dispuesto por el ART 4 de la CADH, tratado con jerarquía constitucional conforme a lo expresado en el ART 75 INC 22 de la CN. Este derecho está protegido por disposiciones de derecho constitucional, penal y civil, así como por el derecho supranacional. El aborto: el art 19 del ccyc dispone que la persona comienza con la concepción, además debe agregarse que la convención americana protege la vida en general desde la concepción y que para el código penal el aborto es un delito, salvo que fuese practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Es lo que se conoce como aborto terapéutico o necesario. Tampoco es punible el aborto, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente art 86 código penal. La corte suprema ha resuelto en 2012 que la extensión de pena puede extenderse al aborto hecho en una mujer cuyo embarazo proviene de una violación aunque no sea demente o idiota. Pero tratándose de menores debe tenerse en cuenta la ley 26061 que dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de esta ley a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. La corte suprema de justicia concluyó que todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo como la píldora del día después. La eutanasia: significa buena muerte, serena, tranquila y sin sufrimiento. Puede ser voluntaria o involuntaria. La eutanasia voluntaria es aquella en que el paciente presta su consentimiento para que se le suspendan los tratamientos terapéuticos que le prolonguen la vida o se niegue a someterse a una intervención quirúrgica (eutanasia voluntaria pasiva) o se le suministren medicamentos o drogas para producir la muerte (eutanasia voluntaria activa). La eutanasia involuntaria es aquella en que el paciente por su mismo estado no puede prestar su consentimiento, por lo que otros, parientes o médicos, deciden privarle de la vida mediante una acción, suministrarle una droga (eutanasia involuntaria activa) o suprimir los tratamientos de prolongación de la vida (eutanasia involuntaria pasiva) nuestro derechos penal no autoriza la eutanasia ni tampoco la tipifica como delito autónomo. La situación de hecho que la eutanasia involuntaria presupone, debe ser encuadrada dentro de la figura delictual del homicidio y la eutanasia

voluntaria activa sigue siendo un delito. La eutanasia voluntaria pasiva es el derecho a una vida y a una muerte digna. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 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. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

La integridad personal o física se relaciona al derecho a no ser objeto de vulneraciones en la persona física, tales como lesiones, torturas, tratos inhumanos, penas crueles, o la muerte. En este sentido, ser íntegro significa tener salud, estar entero, sin daños. En otro sentido, se halla la cuestión del consentimiento para los actos de disposición del propio cuerpo, lo que involucra aspectos tales como el consentimiento para los tratamientos médicos, trasplantes de órganos y/o otros actos peligrosos. La integridad moral se define como la cualidad de una persona que la condiciona y le da autoridad para tomar decisiones sobre su comportamiento y resolver los problemas relacionados con sus acciones por sí misma. Está relacionada con los pensamientos, los comportamientos, las ideas, las creencias y la forma de actuar de cada individuo. Todas las constituciones democráticas modernas recogen el derecho fundamental a la integridad moral.

- El art 68 de la Constitución Argentina expresa que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas, ni 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.”

- El CCyC tutela el derecho a la integridad física desde el art 54 al 60 (incluye el art 17).

DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a otras personas. De él se ha dicho, diversamente, que es el derecho del individuo a una vida retirada y anónima; el derecho a no ser importunado; el derecho de una persona a ser libre, de llevar su propia existencia como estimase más conveniente y sin interferencias exteriores; el derecho a que se respete la vida privada y familiar, etc.

La libertad como derecho de la personalidad, reconoce dos aspectos indisolubles que se muestran como dos caras de la misma moneda, la libertad como estado o poder o independencia de su titular sin sujeción a otro (esclavitud, preso, servidumbre, etc.), y la libertad como derecho o facultad de elegir y ejecutar sin trabas de ninguna naturaleza. El derecho a la libertad personal es el derecho que tiene todo ser humano al desarrollo de su autonomía, es decir, al desarrollo de sus capacidades humanas para su realización personal; además, éste es el derecho a transitar libremente, sin obstáculos. El derecho a la libertad personal no es un derecho absoluto, lo que quiere decir que esta libertad de autodeterminación y de locomoción puede restringirse, pero siempre dentro de los límites establecidos por la ley y con un procedimiento previamente determinado. Las limitaciones o restricciones que se impongan sobre el derecho a la libertad deben ser razonables y proporcionadas.

- El art 19 de la Constitución Nacional prescribe en su segundo párrafo que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que no prohíbe”

DERECHO A LA IMAGEN

El derecho a la imagen es el derecho personalísimo cuyo regular ejercicio permite al titular oponerse a que, por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique (sin su consentimiento o el de la ley) su propia imagen. Es el derecho personalísimo cuyo ejercicio permite al titular a oponerse a que, por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique sin su consentimiento o el de la ley, su propia imagen. En caso de que este derecho fuese vulnerado, su titular y a su muerte determinados familiares, quedan facultados para obtener no solo el cese de la difusión sino también el adecuado resarcimiento. Es necesario el consentimiento excepto en los siguientes casos: que la persona participe en actos públicos, que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario y que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. Los derechos de la personalidad son relativamente disponibles por lo que su titular puede autorizar la indagación o conocimiento de su vida privada, cuanto la captación, difusión o utilización de su imagen. Como la disponibilidad es relativa, el consentimiento tiene límites estrictos. Quien autoriza la publicación de su imagen para cierta publicación no ha renunciado a su derecho a la imagen y ella no puede ser utilizada nuevamente sino se cuenta con el consentimiento expreso de su titular. Si la imagen es de un menor y es usada para una publicidad o semejante, es exigible también el consentimiento del menor en la medida que tenga un grado de madurez suficiente.

Este derecho personalísimo, confiere a su titular la facultad de impedir, que otras personas por cualquier medio, capten o reproduzcan su imagen sin su consentimiento. Este derecho se encuadra dentro de aquellos que protegen la integridad espiritual de las personas. En caso de que este derecho fuese vulnerado, su titular queda facultado para obtener no solo el cese de la difusión sino también el adecuado resarcimiento. La exhibición pública de una fotografía sin el consentimiento de su titular constituye un acto desaprobado por el ordenamiento jurídico

- El CCyC menciona el derecho a la imagen en el art 53, expresando que : “Para captar o reproducir la imagen o voz de la persona, es necesario su consentimiento, excepto que la persona participe en actos públicos, que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario; o que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”

ABORTO

El artículo 19 del código civil y comercial dispone que la persona Comienza con la concepción .A ello debe agregarse que la convención americana protege la vida en general desde La concepción y que para el código penal el aborto es un delito sea lo que fuese practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre quisiste peligro no puede ser evitado por otros medios .Es lo que no se conoce como aborto terapéutico o necesario. Tampoco es punible el aborto si el embarazo proviene de una Violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

EUTANASIA

El tema de la muerte digna se vincula con la eutanasia, así como con el rechazo del paciente a someterse a tratamientos clínicos. Eutanasia significa buena muerte serena tranquila sin sufrimiento esta significa la muerte que deliberadamente se provoca para extinguir la vida de quien padece una enfermedad incurable y dolorosa a fin de evitarle el sufrimiento de una larga y penosa agonía. Existen distintos tipos de eutanasia, la doctrina contemporánea distingue entre eutanasia voluntaria e involuntaria y ambas a su vez pueden ser pasivas o activas.

o Eutanasia voluntaria es aquella en que el paciente presta su consentimiento para que se le suspende los tratamientos terapéuticos que le prolongue la vida o se niega a someterse a una intervención quirúrgica o tratamiento de cualquier especie (eutanasia voluntaria pasiva), o se le suministran medicamentos o drogas para producir la muerte (eutanasia voluntaria activa).

o Eutanasia involuntaria es aquella en que el paciente por su mismo estado no puede prestar su consentimiento; por lo que otros -sus parientes o médicos- deciden: privarlo de la vida mediante una acción (suministrarle una

droga) (eutanasia involuntaria activa) o suprimir los tratamientos de prolongación de la vida (eutanasia involuntaria pasiva).

DISTANASIA

La distanasia es lo contrario a eutanasia. Consiste en retrasar la muerte todo lo posible, por todos los medios disponibles, aunque no haya esperanza de alguna curación. Significa infligir al moribundo unos sufrimientos añadidos a los que ya padece, y obviamente no lograran esquivar la muerte inevitable, sino solo aplazarla en condiciones lamentables.

ORTOTANASIA

La ortotanasia se refiere a permitir que la muerte en “cierto tiempo”, “cuando deba ocurrir”, por los profesionales de la salud están capacitados para otorgar a los pacientes todos los cuidados y tratamientos para disminuir el sufrimiento, pero sin aleterar el curso de la enfermedad y por lo tanto el curso de la muerte. Se basa en 4 principios autonomía, que tiene en cuenta la libertad y responsabilidad del paciente que decide lo que es bueno para el, beneficencia consiste en la obligación de hacer o buscar el bien del enfermo, no maleficencia, se refiere al motivo de la medicina, hay que respetar la vida física del paciente, y justicia, consiste en la imparcialidad de la distribución de cargas y beneficios

SUICIDIO

Es el acto del hombre que voluntariamente se quita la vida a sí mismo. Se instiga al suicidio cuando se induce directamente a otra persona para que por su propia mano se de muerte o se refuerza su propósito de hacerlo. Se refiere a una conducta potencialmente autolesiva de la que hay evidencia de que la persona no tiene la intención de morir y la persona deseaba usar la apariencia de desear quitarse la vida en base a obtener alguna finalidad.

DERECHO A LA IDENTIDAD

se ha definido a el derecho a la identidad personal como la facultad de elegir la fiel representación de la persona , sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales del sujeto. La corte viendo el conflicto que existe entre el derecho de la persona de no conocer su identidad biológica y el derecho de los presuntos familiares de conocer la verdad y ante dos derechos de igual jerarquía en evidente tensión, el tribunal estableció que: Nadie puede ser sometido a una extracción compulsiva de sangre. Pueden obtenerse muestras para hacer los estudios de ADN con procedimientos menos invasivos Las pruebas así obtenidas servirán exclusivamente para asegurar a los presuntos familiares el conocimiento de la verdad pero no tendrán ninguna otra eficacia jurídica. La presunta víctima podrá conocer o negarse a hacerlo. La identidad personal supone "ser uno mismo" y no otro, pese a la integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la "mismidad" del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida.

- El CCyC, además de la mención del art 52, qué comprende la identidad en distintos aspectos, pero cabe agregar el art 596: “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos”.

DERECHO AL HONOR

El diccionario de la Lengua Española define al “honor” como la “cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo. En la segunda acepción, lo caracteriza en estos términos “gloria o buena reputación que sigue a la virtud , al mérito o a las acciones heroicas , la cual trasciende a las familias, personas y acciones del que se granjea” . En la tercera acepción agrega “honestidad y respeto en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes” En el ámbito de la doctrina jurídica, ha sido considerada , por muchos , aceptable la definición dada por De Cupis, según la cual el honor , el honor es “la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma” La ley

protege la propia Estima subjetiva y el buen nombre externo objetivo. El honor personal, profesional, y de los familiares vivos o muertos debe ser tutelado contra cualquier ataque que se realice mediante el empleo de la imagen, el nombre, el seudónimo u otros elementos identificatorios de la persona. El que atente contra el honor no podrá excusarse con la prueba de la verdad, salvo que acreditar la existencia de un interés general prevaleciente. Comprende dos aspectos: por un lado, la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia, y por el otro, el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate. El CCyC no contiene un plexo normativo destinado a la protección del derecho personalísimo al honor. Se limita a la regla del art 52. El derecho al honor comprende dos aspectos: por un lado, la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de su propia dignidad y la de su familia, al margen de sus defectos y flaquezas; y por otro, el buen nombre y reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano.

- El CCyC se limita a la regla general del art 52, que refiere a la “honra y reputación”, y el art 1771 que contempla la hipótesis particular de la “acusación calumniosa”

Trasplante de órganos

ARTÍCULO 1º – La ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos se rige por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República. Exceptuase de lo previsto por la presente, los tejidos naturalmente renovables o separables del cuerpo humano con salvedad de la obtención y preservación de células progenitoras hematopoyéticas y su posterior implante a seres humanos, que quedará regida por esta ley. Entiéndase alcanzadas por la presente norma a las nuevas, prácticas o técnicas que la autoridad de aplicación reconozca que se encuentran vinculadas con la implantación de órganos o tejidos en seres humanos. Considérase comprendido al xenotrasplante en las previsiones del párrafo precedente cuando cumpliera las condiciones que oportunamente determinará la autoridad de aplicación. (Artículo sustituido por art. 2º de la Ley 26.066 B.O. 22/12/2005. Vigencia: a los TREINTA (30) días de su publicación en el Boletín Oficial). Expresión “material anatómico” sustituida por el término “tejidos”, por art. 1º de la Ley 26.066 B.O. 22/12/2005. Vigencia: a los TREINTA (30) días de su publicación en el Boletín Oficial).

ARTICULO 2º – La ablación e implantación de órganos y tejidos podrán ser realizadas cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente. Estas prácticas se considerarán de técnica corriente y no experimental.

La libertad

La libertad como derecho de la personalidad, reconoce dos aspectos insolubles que se muestran como dos caras de la misma moneda, la libertad como estado o poder o independencia de su titular sin sujeción a otro (esclavitud, preso, servidumbre, etc.), y la libertad como derecho o facultad de elegir y ejecutar sin trabas de ninguna naturaleza. El derecho a la libertad personal es el derecho que tiene todo ser humano al desarrollo de su autonomía, es decir, al desarrollo de sus capacidades humanas para su realización personal; además, éste es el derecho a transitar libremente, sin obstáculos. El derecho a la libertad personal no es un derecho absoluto, lo que quiere decir que esta libertad de autodeterminación y de locomoción puede restringirse, pero siempre dentro de los límites establecidos por la ley y con un procedimiento previamente determinado. Las limitaciones o restricciones que se impongan sobre el derecho a la libertad deben ser razonables y proporcionadas. - El art 19 de la Constitución Nacional prescribe en su segundo párrafo que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que no prohíbe”

Las exequias

el art. 61 del código enuncia que 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.

Medidas protectoras de los derechos personalísimos

DERECHO DE RÉPLICA, RECTIFICACIÓN O RESPUESTA: Es el que atañe a toda persona que ha sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, expresando su versión de los hechos. El derecho de respuesta o réplica, aparece como un medio de reparación del daño que se puede haber causado mediante la emisión de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada en cualquier tipo de medio de prensa periódico.

- El derecho de rectificación o respuesta está previsto en el art 14 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

ART. 43

La acción de amparo, habeas data y habeas corpus son procedimientos y procesos especiales cuyo objetivo es poner fin a actos o normas que lesionen con arbitrariedad o ilegalidad derechos y garantías constitucionales.

los derechos fundamentales requieren instrumentos para su protección

AMPARO es el género La ley 16.986/66 regula el amparo.

el acto u omisión de autoridad pública debe ser en forma actual o inminente, debe lesionar, restringir, alterar o amenazar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la CN, los tratados o una ley.

Con excepción de la libertad individual que es tutelada por el habeas corpus, y el amparo debe ser en reclamo de:

cualquier forma de discriminación algo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor; o los derechos de incidencia colectiva en general

Pueden interponer amparos:

- el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que atienden a aquellos objetivos (antidiscriminación, ambiente, consumidor.)

- el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el hecho lesivo.

HABEAS DATA

Es una especie de amparo y su fin es proteger aspectos del derecho a la intimidad y a la dignidad personal. Permite la toma de conocimiento, la rectificación, supresión, actualización de datos. Es una herramienta de protección ante el poder de los medios y centros de información y almacenamiento de datos. Se trata de acceder a datos propios.

Base Art. 19 CN, Y 1071 BIS CC.

HABEAS CORPUS

Es una especie de amparo. Su base está en el art. 18 de la CN por el principio de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de un juez competente.

Se interpone cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado es la libertad física o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención o en la desaparición forzada de personas.

puede ser presentado por el afectado o cualquier persona física o jurídica

- aun en estado de sitio.

UNIDAD 8: Fin de la existencia

Muerte

El fin de la existencia de la persona humana se relaciona con un hecho biológico: la muerte o fallecimiento. Así lo establece expresamente el artículo 93 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC). La definición médica aceptada dice que la muerte es el cese de las funciones vitales, celular, tisular y visceral. Ocurre cuando claudican los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso, pudiendo definirse como el cese definitivo e irreversible de las funciones autónomas y de la oxigenación visceraltisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y la condición de ente humano de existencia visible. Es importante distinguir la muerte clínica, aunque subsistan algunas funciones, y muerte biológica, en la que se produce la cesación de las funciones. El nuevo ordenamiento legal no conceptualiza la muerte, como tampoco lo hacía el Código velezano, sino que lo deja librado a otras ciencias, como la biología o la medicina, o lo remite a leyes especiales como hace el artículo 94 respecto de la Ley de Trasplantes de Órganos (21.541).

El artículo 94 del CCyC dispone que "La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver". Liminariamente, bueno es aclarar que la comprobación de la muerte implica acreditar el hecho biológico del cese de la vida, en tanto que la prueba de la muerte refiere a aquilatar jurídicamente para las consecuencias que de ella se derivan.

De este modo, el CCyC a través de la remisión a la legislación especial relaciona la comprobación de la muerte con las tres funciones vitales, es decir, cardiocirculatorias, respiratorias y neurológicas. Ellas están debidamente reflejadas en la Ley de Trasplante de Órganos, siendo un elemento central para dicha normativa que acontezca el fallecimiento de una persona.

Si el cadáver de una persona no puede ser hallado o está irreconocible, el médico no puede emitir el certificado correspondiente. Y nos preguntamos en base a qué labrará el Registro civil la partida de defunción. La solución es recurrir a la instancia judicial y el juez puede tener por comprobada la muerte si la misma se produjo en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta y, entonces, ordena al Registro civil que labre la partida de defunción. En cambio, la presunción de fallecimiento se aplica en el caso de una persona que está ausente de su domicilio y se sospecha que puede haber acaecido su muerte y el juicio que se lleva a cabo es, justamente, para que el juez declare presuntivamente esa muerte.

Conmoriencia

El artículo 95 del CCyC dispone que "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".

Este supuesto legal abarca la circunstancia fáctica de que dos o más personas fallezcan en un mismo desastre común, como dice la norma en análisis, como género de diferentes situaciones de extrema gravedad que pueden ocasionar la muerte de dos o más personas; por ejemplo: un accidente de tránsito, un derrumbe, una explosión, la caída de una aviación, etcétera.

La importancia de la cuestión radica en que las personas fallecidas podrían tener vínculo de parentesco, causa fuente del derecho a heredar, o que exista transmisión de derechos hereditarios por testamento otorgado por el causante.

Entonces, los elementos de la conmoriencia son tres:

- El fallecimiento múltiple de personas;
- que estuvieran vinculadas entre sí por vocaciones sucesorias recíprocas, o que uno fuere heredero del otro;
- que no se pueda determinar con precisión cuál de los sujetos involucrados falleció primero.

La conmoriencia hace que en caso de fallecimiento múltiple de personas vinculadas entre sí, cada familia herede los correspondientes a su causante.

Supresión de la muerte civil

El código derogado en su 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.

Era una institución por la cual la persona físicamente tenía existencia, pero el derecho la consideraba muerta porque perdía sus derechos civiles y políticos y se producían los efectos de la muerte.

Efecto de la muerte con relación a los derechos y Sucesión por causa de muerte

Los efectos principales de la muerte son la extinción de los derechos y obligaciones personales del fallecido y la transmisión de las demás a sus sucesores. También determina la extinción de ciertos contratos, como el de sociedad o mandato, y la disolución del matrimonio. La muerte determina la desaparición de la personalidad jurídica. La personalidad civil o capacidad para ser la persona titular de derechos y obligaciones se extingue con la muerte. Esta se reconoce jurídicamente cuando se produce el hecho natural o biológico de la misma, generalmente refrendada por el certificado de defunción. El mecanismo sucesorio evita el vacío en la titularidad de los derechos y obligaciones del difunto que sean transmisibles. Cuando la muerte de una persona coincide con la de otra, y entre ambas podría producirse el fenómeno sucesorio a causa de muerte o la transmisión de bienes, derechos u obligaciones entre vivos, puede plantearse la necesidad de probar la muerte anterior de una respecto a la otra; es decir, la premoriencia. El interesado en alegarla, es el encargado de probarla. Si no se alega la premoriencia o no puede probarse, la ley estima que, respecto a las referidas personas fallecidas, hubo conmoriencia o muerte simultánea.

Presunción del fallecimiento, casos en los que se presume la muerte, día presuntivo

Son casos en los que la ausencia de un individuo es durante un tiempo considerable o su desaparición se dio en una circunstancia excepcional y sería coherente presumir el fallecimiento de dicho individuo. No posee las mismas características que una muerte comprobada, por ejemplo, los bienes son transmitidos siempre y cuando se cumpla un lapso determinado para caso de presunción del fallecimiento. El tiempo está determinado por el caso de desaparición que se haya determinado acorde a las circunstancias en las que la ausencia se haya dado. En los casos ordinarios, según el artículo 85 del código civil y comercial, la ausencia de una persona de su domicilio sin tener noticia de ella por tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. Por otro lado, frente a un caso extraordinario genérico, el artículo 86 inciso "a" enuncia que si por última vez se encontró el ausente 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 dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido, deben transcurrir dos años para poder pedir la declaración del fallecimiento. Por último, el caso extraordinario específico está reconocido en el artículo 86 inciso "b" el cual dice que se presume el fallecimiento del ausente si se encontrándose en un buque o aeronave naufragado o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. Las personas legitimadas para pedir la declaración del fallecimiento es cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Puede ser el cónyuge o conviviente del ausente, los presuntos herederos legítimos, cualquier socio cuando en el contrato se hubiese contenido que la muerte de uno de ellos extingue la sociedad, el ministerio público en representación de los incapaces o personas con capacidad restringida y el beneficiario de un seguro de vida, entre otros. Para declarar el fallecimiento de una persona no es suficiente el hecho de que haya desaparecido sino también es de suma relevancia el tiempo que transcurrió desde la última noticia del ausente, este lapso de tiempo varía según el caso en el que se haya dado la desaparición. Para obtenerse esta declaración debe probarse la legitimación del interesado, es decir, si tiene algún derecho subordinado a la muerte del ausente, la desaparición del ausente, la competencia del juez, que la búsqueda de información sobre la existencia del ausente haya dado resultados negativos, el cumplimiento del plazo determinado y la prueba del hecho extraordinario que determina el tiempo que se debe esperar para declarar el fallecimiento. Al haber efectuado las pruebas concernientes al caso, publicado los edictos sin tener respuesta del ausente y teniendo en cuenta al defensor, el juez está habilitado a dictar sentencia declarando la muerte del ausente. Esta declaración no es inmutable, puede variar o modificarse, puede pasar que el presunto fallecido no esté muerto. Una vez dictaminada la sentencia, las personas que tengan derecho a los bienes deberán llevar a cabo el juicio sucesorio. Con respecto a lo que dicen los artículos 88 y 89 del código civil y comercial, tras haber tomado los recaudos necesarios y cumplir con todos los pasos que se atraviesan para poder contar con un amplio rango de certeza, y pase el tiempo determinado por la ley en cada caso, el juez competente declara el fallecimiento presunto de la persona. Deber fijarse como día presuntivo del fallecimiento según el artículo 90 del código civil y comercial, en caso ordinario, el último día del primer año y medio; en el caso extraordinario genérico, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; y en el caso extraordinario específico, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos. En caso de ser 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. a entrega de los bienes los herederos de estar amparada por ciertas garantías en caso de que el ausente reaparezca o se modifiquen los datos del fallecimiento. Las garantías son el inventario y las limitaciones o

los poderes de disposición de los herederos que se imponen en durante el período de prenotación. Este periodo consiste en dejar constancia en los registros de bienes en los cuales quepa inscribir la declaratoria de los herederos, mientras esta subsista, se impide la realización de actos de disposición sobre los bienes inscritos en esos registros. Este periodo tiene efecto hasta cinco años pasados del día que se dictaminó la presunta muerte u ochenta días desde el nacimiento del presunto fallecido. La ausencia con presunción del fallecimiento ampara esos casos en los cuales hay gran posibilidad de que un individuo ausentado en casos extraordinarios este muerto pero reaparezca con la voluntad de reclamar sus bienes. Por ello se contemplan lapsos de tiempo considerados y se imponen garantías como lo es la prenotación. Lo que se busca es la correcta tutela de los bienes del ausente y amparar los derechos tanto del individuo como de los presuntos herederos o interesados en la determinación del fallecimiento de este.

Reaparición

El artículo 91, dice que los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni grabarlos sin autorización judicial. Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado. La presentación del ausente hace que queden sin efecto la transmisión del dominio hecha a favor de los herederos. Los bienes prenotados pueden generar productos, que son los que proviniendo de la cosa, no se reproducen, por lo que se va disminuyendo el valor de la cosa productiva. El heredero de buena fe, no deberá devolver los bienes ya manipulados pero si los no percibidos, siempre se deberá devolver los productos. Por otro un heredero de mala fe deberá restituir todos los bienes percibidos y los que por su mala manipulación se dejaron de percibir y los que se obtuviera.

Declaración de muerte presunta con desaparición forzada

La desaparición forzada, es un delito considerado crimen de lesa humanidad por la comunidad internacional, y como tal, constituye una violación de derechos humanos, personales y patrimoniales; por esta razón, se han elaborado diversos tratados internacionales con el fin de prevenir, investigar, evitar y juzgar esta conducta. la ley 1531 en su art 1 y 2, establece que la presente ley tiene por objeto crear la acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, En ningún caso podrá exigirse que transcurra un determinado lapso de tiempo desde que se tuvo la última noticia del desaparecido y la presentación de la solicitud de la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada. En todo caso, el procedimiento será gratuito.