

Conceptos

Tema 11: Derechos de las comunidades indígenas

En Argentina y en otros Estados latinoamericanos, los pueblos indígenas suelen llamarse “originarios” para subrayar su preexistencia a los Estados. Sin embargo, en el ámbito jurídico se utiliza el vocablo “indígenas”. Ello, por cuanto en la Primera Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas (Canadá, 1975) se estableció que el término “indígena” fuera bandera de dignidad y para uso formal de leyes, tratados y relaciones con los Estados y los organismos internacionales, impulsando el derecho y la política de muchos pueblos; expresando con ese término devenido estratégico, la ideología de sus sistemas comunitarios solidarios en el marco de las respectivas cosmovisiones de los pueblos.

Normas relativas a los derechos de los pueblos originarios en Argentina -

Constitución Nacional: En 1994 se estableció en el artículo 75, inciso 17:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Asimismo, a partir de la reforma constitucional algunos instrumentos internacionales de derechos humanos comenzaron a gozar de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22). Varios de ellos reflejan derechos de los pueblos indígenas:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII, DADH);
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en particular arts. 3 y 21, CADH);
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 y 27, PIDCP);
- La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 y ss., CERD);
- El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12 PIDESC).

Además, otras normas:

- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por ley 24.071. Existen varios proyectos en el Congreso Nacional para que dicho Convenio goce de jerarquía constitucional.
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General el 13 septiembre de 2007 y fue suscripta por nuestro país.
- La Ley 23.302, de 1985 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Esta ley prevé un marco general de desarrollo de políticas en el área y reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país, además de crear el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.
- La ley 26.160 que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena y fue prorrogada en tres oportunidades por el Congreso de la Nación, la última vez hasta noviembre de

2021. Además, esta ley ordena el relevamiento de todas las tierras de ocupación actual, tradicional y pública de las comunidades indígenas al tiempo que suspende eventuales desalojos.

Los avances en la concientización del respeto de los derechos humanos de las comunidades indígenas fueron guiados indudablemente por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos — esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos—que ha sido prolífico en resoluciones sobre los derechos de los pueblos indígenas y son citadas abundantemente en fallos de nuestros tribunales.

Se debe comprender que los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral. El mismo debe ser protegido, preservado y desarrollado para su continuidad colectiva y para poder ser transmitido a las generaciones venideras. Es un derecho de la comunidad toda, no es un derecho individual.

Además, se ha reconocido ampliamente el derecho que poseen sobre sus territorios. En este sentido, por ejemplo, el Convenio N° 169 de la OIT establece de modo expreso el deber estatal de “salvaguardar el derecho de los pueblos [indígenas] a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, prestando particular atención a los casos de los pueblos nómades y los agricultores itinerantes (art. 14.1).

Ley 26. 994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación se lee, en su artículo 9°: “Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:

Primera. “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación).”

Y finalmente, dentro del Capítulo 4 sobre derechos y bienes, la norma contenida en el art. 18 del Código Civil y Comercial de la Nación:

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

Tema 12: Persona Humana.

El comienzo de la existencia de la persona humana.

El comienzo de la existencia de la persona humana es la primera cuestión que regula el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en el Libro Primero (Capítulo I, arts. 19-21). El tema, a su vez, se vincula con dos principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): el reconocimiento de la personalidad jurídica; y el derecho a la vida.

La reforma constitucional de 1994 sí incorporó proposiciones normativas que influyen en la cuestión. Por un lado, el art. 75 inc. 23 de la CN se refiere al niño en situación de desamparo como beneficiario de un régimen de protección social, desde el embarazo⁵. La pregunta que surge allí, es aquella disposición implica de modo explícito un reconocimiento constitucional del estatus jurídico de la persona por nacer, y una protección absoluta del derecho a la vida. Y si debe o no considerársela como un obstáculo constitucional para las prácticas abortivas, y de algunas técnicas de reproducción asistida. Este interrogante fue tema de debate y análisis en el marco del caso “F., A. L.”, cuyo estudio consideramos pertinente.

En segundo lugar, el art. 75 inc. 22 de la CN otorgó rango constitucional a una serie de convenciones y declaraciones de derechos humanos, que reconocen de forma explícita el derecho a la vida a partir de la concepción. Sin embargo, han existido distintas interpretaciones sobre su alcance, y en especial, si aquella protección es absoluta y constante durante la gestación. A su vez, los términos de esa tutela convencional, remiten necesariamente a otra cuestión importante: la dificultad en precisar el alcance del término “concepción”, y de lograr un consenso sobre el comienzo de la vida humana. Esta cuestión genera gran controversia, ya que es valorada desde distintas perspectivas biológicas, médicas, éticas, morales, filosóficas y/o religiosas. Algunas de ellas, por ejemplo, atribuyen calidad de vida humana plena a los óvulos fecundados, antes o después de la anidación o implantación en la persona gestante, según la teoría a la que adscriban. Otras vinculan el comienzo de la vida humana a distintas propiedades que el nasciturus adquiere gradualmente durante la gestación (la formación del sistema nervioso central, la viabilidad para la vida extrauterina, etc...).

En ese marco constitucional y convencional, y con los interrogantes planteados, el CCCN se propone regular, en los arts. 19 a 21, el momento a partir del cual se considera que empieza a existir la persona humana. Y las consecuencias jurídicas de ese comienzo para el ámbito civil.

El sistema normativo mencionado se integra también con la norma transitoria segunda (Cfr. art. 9° de la Ley 26.994), que corresponde al artículo 19 del CCCN. Ella prescribe que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. Como se señaló anteriormente, al no precisar el alcance del término, el Código tampoco aclara qué se entiende por “concepción”, cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

En el mencionado caso Artavia Murillo (que, por la obligatoriedad de su jurisprudencia, integra el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”), la Corte IDH admitió que, en el marco científico actual, existen dos lecturas bien diferentes del término “concepción”: una corriente que entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y la otra, que entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Como se verá, el tribunal se inclina por esta última, y considera que concepción es sinónimo de anidación, por los argumentos que allí desarrolla y que serán objeto de estudio.

En efecto, el art. 19 del CCCN define a la época de la concepción como el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo. De modo que la norma relaciona la noción de “concepción” con la de “embarazo”, ya que no puede haber embarazo si no se dio, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. De igual modo, el art. 21 del CCCN sienta como principio que los derechos y obligaciones de la persona por nacer quedan irrevocablemente adquiridos con su nacimiento con vida. De este modo, la persona puede adquirir derechos y obligaciones desde que está concebido o implantado en la mujer o persona gestante¹¹; pero si no nace con vida, se considera que nunca existió. En ese contexto, se advierte que el artículo citado alude expresamente a la concepción o “la implantación del embrión”, otorgando relevancia jurídica a este criterio.

En la misma línea de interpretación, el art. 561 del CCCN establece que el consentimiento previo, informado y libre para someterse a las técnicas de reproducción asistida, es revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Tema 13: Derechos sobre el cuerpo humano.

Cuando nos referimos a los derechos sobre el cuerpo humano, también aludimos, a los derechos que se encuentran íntimamente relacionados con aquel, como el derecho a la vida, a la autonomía, a la integridad, a la inviolabilidad, a la dignidad de las personas, etc., y, por tanto, deben ser interpretados y aplicados conforme los principios constitucionales y convencionales.

En efecto, se ha sostenido que “cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la

preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social". Agregando que "se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc."

La reproducción asistida con material crioconservado de una persona fallecida.

La Ley de Reproducción Médicamente Asistida N° 26862 y su decreto reglamentario 956/2013, junto con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, produjeron una evolución en la concepción de la persona humana desde el prisma de sus derechos fundamentales.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han sido definidas como "esos procedimientos y técnicas [...] que se realizan con asistencia médica para la consecución del embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, con o sin donación de gametos y/o embriones, y los nuevos procedimientos y técnicas, desarrollados mediante avances técnico "científicos, que decida autorizar e incluir el Ministerio de Salud de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación de la ley".

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos sometidos a su jurisdicción sobre la ley 26862 ha señalado:

...con arreglo a lo establecido en su primer artículo, la ley 26.862 "tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". A tal efecto, según el art. 2° de la norma, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...". La ley pone a cargo de un vasto número de agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médico-asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean, "la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación..." e incluye "en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (cfr. art. 8°).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo sobre el derecho convencional a la salud reproductiva señaló:

...el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Ahora bien, en todos estos supuestos lo que se encuentra en discusión es la existencia de la voluntad procreacional de la persona fallecida, que no es otra cosa que la voluntad de engendrar. Así se sostiene que:

La determinación de la filiación se vincula de forma directa con el 'querer ser' progenitor. De esta forma, los hijos e hijas concebidos mediante tecnologías reproductivas son hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado el material genético. En consecuencia, una o más personas, a pesar de no tener vínculo biológico alguno con el nacido puede ser igualmente inscriptas como progenitores con los mismos deberes y derechos de un progenitor biológico.

El actual Código Civil y Comercial de la Nación no contiene una norma expresa al respecto, sin embargo, su anteproyecto preveía en el art. 563 la fecundación post mortem, aunque de una manera restringida a la resuelta en el caso en cuestión. Así pues, prohibía el vínculo filial entre la persona nacida mediante la utilización de técnicas de fertilidad y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión no se produjeron antes del fallecimiento, salvo que existiere consentimiento expreso en documento público o testamento de que los embriones producidos con los gametos puedan ser transferidos o cuando la concepción en la mujer o la implantación del embrión se produce dentro del año siguiente al fallecimiento.

La donación de órganos y la aplicación de la ley 24.193. Los casos de la donación entre vivos sin vínculo familiar y de las denominadas células madre.

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

Tema 14: Inviolabilidad de la persona humana.

Derechos personalísimos.

Nuestro ordenamiento jurídico establece ciertos derechos que tienen su origen en la existencia misma de la persona humana, por el solo hecho de serlo. Estos pueden ser considerados como los más importantes. Se trata de los derechos denominados personalísimos, también conocidos como derechos de la personalidad, aquellos que están tan íntimamente unidos a la persona que no pueden separarse de la misma en toda su existencia.

Rivera establece que los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.

Por su parte, Cifuentes los conceptualiza como derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.

El reconocimiento sustancial de estos derechos se encuentra en la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, con la incorporación en el artículo 75 inciso 22 de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su preámbulo que los Estados Americanos partes de la Convención reconocen "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (...)". Por su parte el artículo 11 inciso 1 establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Allí se instauran las bases fundacionales

del régimen de los derechos personalísimos, toda vez que la dignidad humana y sus manifestaciones: intimidad, imagen, identidad, honor, derechos sobre el propio cuerpo, se encuentran reconocidos constitucional y convencionalmente.

En cuanto a la caracterización de los derechos personalísimos, como veremos, estos recaen sobre ciertos aspectos o manifestaciones de la personalidad para proteger el libre desenvolvimiento de las personas, y son: el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen, a la libertad, a la integridad física, entre los más relevantes. A su vez, es preciso recalcar que los mismos poseen ciertas características particulares: son innatos –nacidos con la persona-, vitalicios –siguen a la persona durante toda la vida-, necesarios –para el desarrollo de la persona-, esenciales –no pueden ser dejados de lado-, de objeto interior – se desprenden de la personalidad-, inherentes –no pueden separarse de la persona-, extrapatrimoniales –no poseen contenido económico-, privados –porque se ubican en el ámbito del actuar de los particulares-, absolutos –en el sentido de que son oponibles erga omnes-, autónomos –no dependen de otras figuras jurídicas- y relativamente indisponibles –no se pueden disponer, ceder, negociar, solo es posible hacer algún tipo de alteración parcial y transitoria-.

Por otra parte, podemos agrupar en categorías a los derechos personalísimos según su contenido, en este sentido se puede señalar la existencia de dos sistemas de clasificación, uno unitario que entiende que se trata de un derecho a la personalidad del cual se desprenden múltiples facultades, y otro plural, que agrupa los derechos personalísimos dependiendo que bienes o manifestaciones interiores estos protegen. Cifuentes señala que prevalece el criterio plural y hace una división de los derechos en tres grupos: En primer lugar, los derechos de la integridad física, los cuales comprenden la vida, las facultades sobre el propio cuerpo y los derechos relacionados con la salud, en segundo lugar el derecho a la libertad, entendida en sentido amplio, no solamente comprende la libertad física, sino también la expresión de ideas y sus manifestaciones, y en tercer lugar, los derechos de la integridad espiritual, que tienen que ver con la identidad, el honor, la imagen, la intimidad.

Inviolabilidad de la persona humana.

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

Todos los derechos personalísimos derivan y se fundan en la noción de dignidad, su reconocimiento y su respeto. Bidart Campos concluyó: “y de la dignidad humana se desprenden todos los derechos. En cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente”. El concepto de dignidad funciona entonces como marco que abarca de las distintas manifestaciones que los derechos y actos personalísimos implican en su operatividad material, y que el Código regula en forma singular dentro del capítulo que aquí nos ocupa.

El art. 52 establece:

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

El artículo reconoce la facultad de reclamar judicialmente que tienen las personas humanas en el caso de lesiones a sus derechos personalísimos. Si bien el artículo comienza nombrando específicamente algunos derechos en particular -intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad- no hay que interpretarlo en sentido restrictivo, ya que continúa estableciendo “o que de cualquier

modo resulte menoscabada en su dignidad personal” lo cual implica que cualquier afectación a derechos personalísimos va a tener la tutela del artículo, ya que, como vimos, la dignidad es la base de todos estos derechos.

En esta inteligencia, el artículo finalmente establece que las personas humanas afectadas en su dignidad pueden reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos a través de la tutela inhibitoria (art. 1711 del CCCN) y resarcitoria (art. 1716 del CCCN). La primera es tendiente a inhibir la causación del perjuicio o para evitar su ampliación o reiteración y la segunda, en los casos en los cuales el daño ya se haya producido, la persona va a poder reclamar la indemnización correspondiente.

Es relevante mencionar en este último punto que el artículo 1738 del CCCN establece que las indemnizaciones deben incluir especialmente “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”. Y, por otro lado, el artículo 1740 del Código señala que “la reparación del daño debe ser plena (...) En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

En este sentido, la mención explícita a las violaciones de los derechos personalísimos del antes mencionado art. 1738 implica una protección amplia a la persona humana y las manifestaciones de su dignidad. Por su parte, el art. 1740 establece que cuando hay una violación a derechos de la personalidad, dada la primacía de la tutela de la persona humana, la condena comprende también, si la parte lo solicita, la publicación de la sentencia condenatoria como complemento de la reparación del daño.

Tema 15: Derecho a la imagen, derecho a la intimidad y libertad de expresión.

Los derechos personalísimos se caracterizan por ser innatos, son vitalicios y no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical por ser extrapatrimoniales y necesarios. El derecho a la imagen y el derecho a la intimidad forman parte de los derechos personalísimos junto con los derechos al honor, a la identidad, a la integridad física, a la integridad espiritual, a la libertad, etc.

El derecho a la imagen.

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

A diferencia de otros derechos personalísimos, el derecho a la imagen presenta las particularidades derivadas de su vinculación inescindible con la dimensión existencial de la imagen -entendida como expresión o representación externa de la identidad personal- y las amplias perspectivas de utilización y aprovechamiento económico de las que carecen otros derechos personalísimos.

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

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

publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Ocho décadas más tarde, el art. 53 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) terminó de configurar el derecho a la imagen, incorporando y desarrollando los principios del art. 31 de la ley 11.723. Esta norma establece que:

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

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

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

Un aspecto relevante del art. 53 CCCN es que no sólo la publicación de la imagen o de la voz de una persona requiere de su consentimiento, sino también su captación. La ley 11.723 sólo prevé el consentimiento para su publicación. Se trata de otro caso donde si bien existen diferencias entre ambas regulaciones, no existe una real colisión, sino una ampliación de derechos.

El art. 31 de la ley 11.723 establece que la publicación del retrato fotográfico sólo es posible si existe consentimiento del titular del derecho. El art. 53 CCCN mantiene esta regla jurídica. El consentimiento debe ser expreso y no se admite su expresión tácita a pesar de las necesidades de la vida práctica.

El consentimiento para usar la imagen de una persona fallecida debe ser prestado por los herederos o por la persona designada en una disposición de última voluntad hasta 20 años después de la muerte. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez (art. 53 CCCN). La reproducción no ofensiva es libre y no requiere consentimiento, transcurridos veinte años desde la muerte.

Por otra parte, el derecho a la imagen no es absoluto y tanto la ley 11.723 como el Código establecen ciertas excepciones en virtud de las cuales no se requiere el consentimiento de una persona para captar o publicar su imagen o voz. La ley 11.723 preveía tres excepciones, las que fueron incorporadas por el art. 53 CCCN, aunque con una técnica jurídica más depurada y que recepta varios principios interpretativos de creación pretoriana. Estas excepciones son tres:

- (i) la existencia de un fin científico, educacional o cultural prioritario, adoptándose las precauciones para evitar un daño innecesario;
- (ii) la captación y publicación de la imagen o voz de una persona que participa de un acto público; y
- (iii) el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

La primera excepción refiere, en general, a supuestos de publicación o uso de la imagen o voz con fines de investigación y divulgación científica, de enseñanza o culturales. En cualquier caso, debe existir una efectiva necesidad de reproducción y un interés cultural, científico o educativo de la sociedad que pueda prevalecer sobre el derecho a la imagen de la persona afectada. El art. 53 CCCN precisa que deben tomarse los recaudos para evitar daños innecesarios. La segunda excepción ha sido interpretada tradicionalmente en el sentido de cubrir la captación de imágenes de personas que participan de un acto público –desfile, manifestación, cortejo fúnebre, acto político-cultural, etc.- y su posterior publicación de esas imágenes en un medio de comunicación. La procedencia de la excepción

dependerá de la finalidad de la publicación y las circunstancias en las cuales fueron obtenidas. La utilización de la imagen con fines comerciales, sin el consentimiento de su titular, no está comprendida dentro de la excepción aun cuando la imagen haya sido captada en un lugar público o con motivo de un acto desarrollado en público. La tercera excepción pretender articular el derecho a la imagen con la libertad de prensa. El art. 53 CCCN establece que la captación y publicación de la imagen de una persona no requiere su consentimiento si se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. No se trata de una excepción absoluta y no cubre cuando el derecho a informar no se ejerce en forma regular.

El derecho a la intimidad.

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

El art. 19 de la Constitución Nacional consagra poéticamente y en forma muy genérica el derecho a la intimidad al establecer que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”. Sin embargo, el art. 19 no proporciona directo y exhaustivo fundamento a ese derecho. Por otra parte, el art. 18 de la Constitución protege también indirectamente el derecho a la intimidad al establecer la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, las comunicaciones o los papeles privados.

Sin perjuicio de ello, el derecho a la intimidad está consagrado expresamente en dos tratados internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 12 de la Declaración Universal establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Por su lado, el artículo 11 incs. 2. y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una redacción casi idéntica a la Declaración Universal, solo agrega que nadie puede ser objeto de injerencias abusivas en la vida privada, además de las arbitrarias previstas en la Declaración Universal.

El art. 1071 bis del Código Civil estuvo vigente hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Las reglas de esa norma fueron incorporadas, con adecuaciones, al art. 1770 del CCCN que dispone:

Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

La vida privada protegida por el art. 1770 CCCN es el conjunto de datos, hechos o situaciones reales, desconocidos por la comunidad y reservados al conocimiento del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas. Se consideran parte de la “vida privada” aspectos íntimos como la salud, los afectos, la filiación y las relaciones de parentesco, las creencias religiosas e ideológicas, como así también otros aspectos no tan íntimos, pero igualmente privados, que hacen a la vida familiar y la vida social, por ejemplo, entretenimientos, reuniones con amigos, etc.

Tema 16: Derecho a la intimidad y tenencia de estupefacientes.

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

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

Es importante resaltar que la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el Derecho internacional y el resto de la legislación. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la ley penal individualiza alguna acción que lo afecta de algún modo y a través del tipo penal se anuncia un determinado castigo.

Asimismo, el derecho penal debe ser entendido como el derecho de los límites al poder estatal que surgen de las garantías constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Principio de legalidad establecido por los artículos 18 y 19, última parte, de la CN y artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH4 : juicio previo, consideración del imputado como inocente, juez natural, inviolabilidad de la defensa, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (impidiendo que el imputado sea obligado a declarar contra sí mismo⁵ y suprimiendo la tortura u otros medios de coerción para inducirlo a declarar), inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, las exigencias formales y materiales para la privación de la libertad procesal (la orden escrita de la autoridad competente y las cárceles de seguridad y no de castigo). La segunda parte del artículo 19 CN, consagra algo que es consecuencia obvia del “principio de legalidad”: donde no hay una prohibición expresa o un mandato, es ámbito de licitud.

Principio de irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del Estado de derecho, que reconoce una excepción, que es el efecto retroactivo de la “ley penal más benigna” (art. 9 de la CADH y art. 2 del Código Penal).

Principio de reserva o lesividad que completa el de principio legalidad (art. 19, primera parte, CN). El derecho penal protege “bienes jurídicos” (valores, intereses, derechos jerarquizados socialmente que requieren protección penal). Las acciones privadas de los hombres que no ofendan el orden y la moral pública no pueden ser materia de legislación penal porque no afectan ningún bien jurídico.

Principio de inocencia: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció en su art. 9 que: “debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) prevén la necesidad de presumir la inocencia o inculpabilidad del acusado.

Principio de culpabilidad: la culpabilidad no sólo cumple una función de garantía al vedar la Constitución que se imponga una pena sin que ella exista, sino que también importa asegurar a los ciudadanos que la pena que les es impuesta guarda una proporción con la cuantía del reproche que su acto merezca.

Principio in dubio pro reo: se trata de que el derecho penal exige, como presupuesto fundamental de una sentencia de condena, la certeza sobre la culpabilidad del imputado. El principio asegura que el estado de duda implique siempre una decisión de no punibilidad.

Principio ne bis in idem o inadmisibilidad de la persecución penal: es una de las garantías no enumeradas en la Constitución Nacional (conforme art. 33 CN), pero que surge del Estado de Derecho y el sistema republicano. Su significado como garantía individual ha sido reconocido internacionalmente por el art. 14.7 PIDCyP: “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado...” y el art. 8.4 CADH “el inculpado absuelto o condenado por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Principio de la doble conforme o posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria: los arts. 8.2 inc. h) CADH y 14.5 PIDCyP prevén el recurso como garantía judicial.

Plazo razonable del proceso: el art. 7.5. CADH dispone que “[t]oda persona detenida...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Por su parte, el art. 14.3. PIDCyP establece que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas...”.

Tema 17: Derecho a la identidad como derecho personalísimo.

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

Los derechos personalísimos son una categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana, y que se encuentran íntimamente ligados a ella. En cuanto a su naturaleza, se trata de derechos de carácter extramatrimonial e indisponibles -o relativamente disponibles-, que acompañan a la persona a lo largo de toda su existencia.

Puntualmente, en el sistema de derechos personalísimos, la identidad se ubica entre los derechos referidos al ámbito de la “integridad espiritual de la persona”, junto al honor, la imagen, y la intimidad. En cuanto a ellos, se advierte que el CCCN se limita en principio a enunciarlos en el art. 52, pero se valora especialmente la remisión que hace a los artículos que regulan la responsabilidad civil, preventiva y resarcitoria, para supuestos en que estos derechos se vean afectados.

En la doctrina del derecho civil, se dice que la identidad de la persona implica una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter físico. Mientras que otros son de diversa índole, ya sea psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, configuran el ser ‘uno mismo’, diferente a los demás, sin perjuicio del derecho a la igualdad entre las personas. Siguiendo esta idea, el derecho a la identidad incluye, por un lado, a la identidad estática, que responde a la concepción restrictiva de “identificación”; y por regla, se construye sobre los datos físicos de una persona (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, y el nombre de los progenitores, entre otros datos). Y, por otro lado, la identidad en su faz dinámica, que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; y, por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, y su estructura social y cultural. Es sobre ésta última faceta que el CCCN reconoce especialmente a la identidad, en la regulación de los derechos personalísimos.

A partir de esta noción, surgen distintas derivaciones del derecho a la identidad, que el CCCN regula en disposiciones diversas. En primer lugar, la identidad es el principal derecho humano comprometido en la filiación (relación jurídica que se establece entre padres e hijos). Allí la identidad puede ser biológica (la que se vincula a los progenitores), volitiva (relacionada a la voluntad procreacional), y una vertiente más: la identidad genética (relacionada con el material genético aportado para la

procreación). Así, en los casos de filiación por naturaleza, la identidad genética, biológica y volitiva se unifican, ya que derivan de las mismas personas (los progenitores). En la adopción, la identidad genética y biológica está dada por la familia de origen; mientras que la identidad volitiva, en la familia adoptiva. Y en las Técnicas de Reproducción Asistida, la cuestión es más compleja, porque pueden practicarse con material genético de la propia pareja, o de un tercero. En este último caso, la identidad genética se refiere a personas distintas de aquellas con quien se tiene identidad biológica y/o voluntaria.

En tercer lugar, destacamos como otra de sus proyecciones el derecho a la identidad de género. En este punto, la Ley de Identidad de Género N° 26.743 (LIG) -aprobada por el Congreso de la Nación el 29 de mayo de 2012- reconoce el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a dicha identidad; y a ser tratada de acuerdo con ella (art. 1°). A tal efecto, define la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” (art. 3°). En función de ello, acuerda a toda persona el derecho a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.

Tema 18: Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En el Título V, denominado “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1, y a partir del artículo 1708, se encuentra regulado el régimen de la responsabilidad civil. La regulación comienza con dos normas que constituyen la piedra basal de toda la sistematización de la responsabilidad civil. Primeramente, en el artículo 1708, se determinan, alzándose en una visión solidarista del derecho privado, las dos funciones de la responsabilidad expresamente reconocidas, a saber: preventiva y resarcitoria. Luego, se establece, en el artículo 1709, el orden de prelación normativa en caso de que, para la solución de un conflicto jurídico, concurren las disposiciones del Código Civil y Comercial y las de leyes especiales. Dicho orden se expresa de la siguiente manera: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código.

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

La función preventiva de la responsabilidad.

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

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo

¿Cuáles son las facultades reconocidas a los jueces en el marco de las acciones preventivas? El artículo 1713 dispone que “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, pudiendo, en cualquier momento, dejar total o parcialmente sin efecto la medida dispuesta.

La función resarcitoria de la responsabilidad civil.

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

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

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

En cuanto a la antijuridicidad, “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Por lo tanto, la pregunta que corresponde realizarse es en qué casos la acción u omisión quedará justificada. El artículo 1718 dispone que los hechos dañosos quedarán justificados en los siguientes casos: 1) el ejercicio regular de un derecho; 2) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; y 3) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa.

Asimismo, respecto de la antijuridicidad, se regulan dos supuestos que pueden generar conflicto: la asunción de riesgos por la propia víctima y el consentimiento libre e informado del damnificado. En el primer caso, no se justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad salvo que, por las circunstancias del caso, la asunción del riesgo pueda calificarse como culpa de la víctima.¹⁷ En el segundo, se libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles en la medida en que dicho consentimiento no constituya una cláusula abusiva.

En lo relativo al factor de atribución, estos pueden ser objetivos o subjetivos. En el primero, la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad, por tanto, para eximirse de la responsabilidad es menester demostrar la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

Por su parte, los factores de atribución subjetivos son el dolo y la culpa. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. La regla por defecto definida por el Código Civil y Comercial, es decir, en caso de ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

En lo atinente a la relación de causalidad, utilizada para determinar la autoría y la extensión del resarcimiento,²² el Código Civil y Comercial se inclina por la acreditación del nexo de causalidad adecuada entre las consecuencias dañosas y el hecho productor del daño.²³ Según la teoría de la

causalidad adecuada, “...sólo puede considerarse jurídicamente ‘causa’ de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta, entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho”. En esta línea, una de las reglas más importante para evaluar la relación de causalidad se encuentre prevista en el artículo 1725 que, en lo pertinente, establece que “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

Para romper el nexo de causalidad y así eximirse total o parcialmente de responsabilidad civil, quien los alega – salvo que la ley los presuma-, deberá acreditar la culpa de la víctima en la producción del daño, o el caso fortuito o fuerza mayor entendidos como hechos que no han podido ser previstos o que, habiendo sido previstos, no ha podido ser evitados, o la culpa de un tercero por quien no se debe responder.

Finalmente, en cuanto al daño resarcible, el Código Civil y Comercial lo define como la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. El principio general del Código Civil y Comercial es que la reparación del daño debe ser plena consistente en:

...la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. [Asimismo] La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

El daño debe ser acreditado por quien lo alega, salvo disposición en contrario o que sea notorio y la indemnización, como contracara del daño, “comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

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

Tema 19: Capacidad.

Los cambios consagrados en el nuevo CC.

Se entiende en términos generales como capacidad a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y deberes y ejercerlos por sí misma. El derogado Código Civil distinguía entre capacidad de derecho y capacidad de hecho.

La capacidad de derecho o de goce refiere a la aptitud que toda persona posee, por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones. Al respecto sostiene Bueres que:

Se tiene capacidad jurídica porque se es persona y no a la inversa. Ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

A diferencia de la *capacidad de derecho*, la *capacidad de hecho* se define como la capacidad de obrar, es por ello que también se la llama capacidad de ejercicio. Se refiere a la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento.

En consecuencia, la capacidad de derecho será la aptitud que tiene la persona por el solo hecho de serlo, mientras la capacidad de hecho o de ejercicio consiste en el obrar por sí mismo esos derechos adquiridos en virtud de su calidad de persona.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) mantiene la distinción que hacía el viejo Código de Velez entre capacidad de derecho —definida en su art. 22 como “la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos— y la capacidad de ejercicio (o de hecho), entendida conforme al art. 23 CCCN como potestad para “ejercer por sí mismo sus derechos”. Ambas pueden ser limitadas por la ley de manera excepcional, por lo que cada incapacidad debe interpretarse restrictivamente. En el caso de la capacidad de ejercicio, la misma también puede restringirse por sentencia judicial fundada en las pautas expresamente establecidas allí.

Según el artículo 24 del CCCN:

son incapaces de ejercicio:

a) la persona por nacer;

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con al alcance dispuesto en la sección 2 de este capítulo, y

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Quedan entonces plasmados los tres principios que en materia de incapacidad deben ser siempre considerados de manera flexible por la autoridad competente:

a) presunción de capacidad;

b) incapacidad en beneficio del sujeto; y

c) proporcionalidad (supuestos limitados a aquellos que la persona no puede hacer sin colocarse en riesgo a sí mismo o a sus bienes)

Las personas menores de edad: el principio de autonomía progresiva.

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

- menor de edad: persona que no ha cumplido los 18 años; y
- adolescente: persona menor de edad que cumplió 13 años.

A renglón seguido, el art. 26 se refiere al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad siendo la regla general la actuación a través de sus representantes legales. Sin perjuicio de ello y en concordancia con la Convención de Derechos del Niño, esa norma establece que:

...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.

Respecto de los adolescentes se presume que aquellos entre 13 y 16 años pueden “decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.”. En cambio, para aquellos tratamientos que si lo hacen:

...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.

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

Tema 20: Protección a los consumidores.

El Derecho del consumidor se basa en el principio de que existe un gran desequilibrio o desbalance entre los consumidores y los proveedores de bienes o servicios, causado por la asimetría en el poder económico y la disponibilidad de información que pueden exponer a los consumidores a toda clase de abusos. Se genera así una situación de vulnerabilidad económica y cognoscitiva¹ que justifica una protección especial a los consumidores mediante la imposición de normas legales de carácter imperativo.

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

En nuestro país, recién en el año 1993 se sancionó el primer régimen especial protectorio de los derechos de los consumidores mediante la ley 24.2408. A pesar de su importancia histórica, el presidente Menem vetó parcialmente la ley y le quitó así buena parte de su sentido, por ejemplo, al eliminar la garantía legal para la venta de cosas muebles no consumibles; al negar a las asociaciones de consumidores la calidad de litisconsortes; al privar al consumidor del beneficio de justicia gratuita; y al rechazar la responsabilidad solidaria del proveedor.

La protección constitucional de los consumidores.

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

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Los derechos consagrados en el art. 42 pueden distinguirse entre sustantivos e instrumentales. Los derechos sustantivos de los consumidores son aquellos enumerados en el primer párrafo (derechos a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno); mientras que los derechos instrumentales están establecidos en los párrafos segundo y tercero (educación para el consumo,

protección de la competencia, sistemas para la solución y prevención de los conflictos, etc.) y tienen por finalidad conseguir la realización de los derechos sustantivos enunciados en el primer párrafo.

En primer lugar, el derecho a la protección de la salud y su seguridad. Al respecto, las Directrices de las Naciones Unidas indican que los Estados deben adoptar políticas adecuadas para garantizar que los bienes producidos por los fabricantes sean inocuos para el uso al que se destinan o para el normalmente previsible y que los responsables de introducir los bienes en el mercado deben velar por que, mientras están a su cuidado, esos bienes no pierdan su inocuidad debido a una manipulación o un almacenamiento.

Este derecho implica que el proveedor debe adoptar las medidas de prevención de riesgos al consumidor y el deber de responder cuando no se cumple con la misma, como lo hemos analizado en los casos Ferreyra y Ledesma en el capítulo III.

En segundo lugar, los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos. Sobre este derecho, las Directrices de las Naciones Unidas señalan que los Estados miembros deben propender a que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos, estableciendo normas de producción y funcionamiento satisfactorias, métodos de distribución adecuados, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado.

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

Las Directrices de las Naciones Unidas estipulan que las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas, debiendo velar por que se pueda acceder fácilmente a esa información, especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado.

Desarrollando los contornos de este derecho, el art. 1100 CCCN obliga al proveedor a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En cuarto lugar, el derecho a la libertad de elección. La libertad de elección supone la posibilidad del consumidor de poder optar entre una variedad de productos y servicios, por un lado, y de tener acceso a ellos a precios justos, lo que supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia.

En quinto y último lugar, el derecho a un trato equitativo y digno. Las Directrices de las Naciones Unidas destacan que las empresas deben tratar de manera justa y honesta a los consumidores en todas las etapas de su relación, como parte esencial de la cultura empresarial, evitando prácticas que perjudiquen a los consumidores, en particular a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

Finalmente, se observa que el art. 42 de la Constitución Nacional, además de consagrar el principio protectorio al que referiremos más adelante, también tiene otras finalidades: a) establecer un sistema político-jurídico de protección a los consumidores; b) servir como base, fundamento o referencia teleológica para la actuación de los poderes públicos; y c) sustentar, desde el punto de vista

hermenéutico, las decisiones sobre interpretación y aplicación del sistema normativo que las desenvuelve.

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

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

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

El principio de consumo sustentable se encuentra implícito en la Constitución Nacional y se deriva del derecho de incidencia colectiva que protege al ambiente previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional. A nivel infraconstitucional, el principio de consumo sustentable es reconocido en el artículo 1094 CCCN. En igual sentido, el art. 14 CCCN establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente, por lo que se puede afirmar, sin hesitación alguna, que el derecho individual al consumo debe ser ejercido sin afectar al ambiente.

Relación de consumo, consumidor y proveedor.

La relación de consumo es la noción articuladora de la protección constitucional y legal del consumidor y de toda su relación jurídica²⁶ y determina el ámbito de aplicación del derecho del consumidor²⁷. Nació con la ley 24.240 en 1993, se constitucionalizó en 1994, se amplió con la ley 26.361 y, finalmente, se aclaró y jerarquizó con el CCCN. Se encuentra regulado actualmente por los arts. 3° de la ley 24.240 y 1092 del CCCN.

De acuerdo a estas normas, relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que no permite aplicar la norma en forma directa y requiere que la doctrina y los jueces la interpreten y apliquen utilizando sus propios criterios de adecuación²⁸. Se observa que en toda relación de consumo hay un sujeto activo que es el consumidor y un sujeto pasivo que es el proveedor.

De acuerdo a los arts. 1° de la ley 24.240 y 1092 del CCCN, consumidor es la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Asimismo, se equipará al consumidor a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

También son considerados consumidores las personas que no se han vinculado directamente con el proveedor, pero utilizan los bienes o servicios sin ser parte de la relación de consumo. Asimismo, también están comprendidos dentro de esta categoría los sucesores particulares de los consumidores que adquirieron el producto o servicio.

Por su parte, el art. 2° de la ley 24.240 define a proveedor como la persona humana o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades

de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Están excluidos los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, aunque sí queda sujeta la publicidad que se haga del ofrecimiento de los servicios.

Al igual que en el caso del consumidor, proveedor puede ser tanto una persona humana como jurídica. Sin embargo, a diferencia del consumidor, el proveedor es un operador del mercado que se desempeña profesionalmente en el mismo. No requiere habitualidad en la actividad del proveedor, puede operar ocasionalmente, lo relevante es que lo haga en forma profesional. El Estado, en la medida en que provea bienes o servicios, queda comprendido dentro de la categoría de proveedor y, por lo tanto, sujeto a cumplir con el régimen protectorio.

Podemos concluir, en consecuencia, que en la relación de consumo hay un sujeto activo que es el consumidor y otro pasivo que es el proveedor; que tiene por objeto bienes o servicios; cuya causa fin es el destino final de consumo y cuya causa fuente puede ser un hecho jurídico (por ejemplo, publicidad en general, promociones o acciones de marketing), un acto jurídico unilateral (por ejemplo, la oferta dirigida a personas indeterminadas) o un acto jurídico bilateral (cuyo ejemplo típico es el contrato de consumo, por ejemplo, una compraventa).