

El proceso de constitucionalización del Derecho Privado



Carlos A. Parellada
Prof. Titular (ord.) de Derecho Civil
II Obligaciones e Informática
Jurídica Obligaciones (U.N.C. y
Universidad de Mendoza)
Director de la Maestría de Daños
de la Universidad de Mendoza
Director de la La Ley Gran Cuyo

Universidad de Palermo 23 y 24 de junio
2017



Dr. Carlos Hernández



Dr. Fernando Sagarna



Trabajo final

"Descripción: tienen que elegir algún tema relacionado con lo visto en los distintos encuentros y realizar un trabajo monográfico de un mínimo de diez páginas en formato A4, con interlineado de 1,5 y márgenes; notas a pié de página según las pautas de citas fijadas por la facultad -hay una publicación de la UP en las que se establecen-.

El trabajo tiene que establecer un planteo problemático -sea por conveniencia de modificación de alguna forma de regulación; por ineficiencia de mecanismos regulatorios; por necesidad de mayor o de menor control; por valoración de las reformas propuestas en el Código Civil y Comercial o en otros proyectos legislativos vinculados con la materia, etc. -.

Enviar los trabajos de manera digital a la casilla ["fernandosagarna@gmail.com"](mailto:fernandosagarna@gmail.com) y en copia a ["derecho@palermo.edu"](mailto:derecho@palermo.edu) hasta el 24 de Julio."

Nuestro viaje del fin de semana

1. Autoevaluación: Un cuento de niños
2. Dónde estamos parados en Derecho
3. ¿Cómo funciona el sistema?
4. El papel de la Const. Nacional
5. Mostraremos en nuestra tesis en casos concretos
6. Analizaremos las nuevas normas del C.C.C.N.



Ideas de la justicia: tres niños y una flauta

Pablo Salvador Coderch

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.





Ideas de la justicia: tres niños y una flauta

Pablo Salvador Coderch

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.

Bob dice:

-Dádmela a mí, pues soy el más pobre, no tengo nada, nada





Ideas de la justicia: tres niños y una flauta

Pablo Salvador Coderch

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.

Bob dice:

-Dádmela a mí, pues soy el más pobre, no tengo nada, nada

Carla sostiene:

-Me corresponde a mí, porque la hice yo.





Es un argumento utilitario de peso

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.

Bob dice:

-Dádmela a mí, pues soy el más pobre, no tengo nada, nada

Carla sostiene:

-Me corresponde a mí, porque la hice yo.





Ideas de la justicia: tres niños y una flauta

Pablo Salvador Coderch

Es un argumento social que satisface la aspiración de búsqueda de la igualdad

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.

Bob dice:

-Dádmela a mí, pues soy el más pobre, no tengo nada, nada

Carla sostiene:

-Me corresponde a mí, porque la hice yo.





Ideas de la justicia: tres niños y una flauta

Pablo Salvador Coderch

Es un argumento libertario y una decisión sobre la justicia de la adquisición

Tres niños discuten sobre la propiedad de una flauta y usted, tiene que decidir a cuál de ellos se la atribuirá

Ana alega:

-Debería ser para mí, pues soy la única de los tres que sabe tocar la flauta.

Bob dice:

-Dádmela a mí, pues soy el más pobre, no tengo nada, nada

Carla sostiene:

-Me corresponde a mí, porque la hice yo.



La justicia no está determinada por una razón única, sino por una pluralidad de razones

«aunque llevamos milenios discutiendo sobre la Justicia, hasta los monos reaccionan ante una injusticia cuando la ven. Y es que, a la hora de la verdad, acabaremos con muchas injusticias si buscamos honestamente en las realizaciones sociales de las grandes construcciones filosóficas sus consecuencias más intolerables»

Es advertir... es darse cuenta

No es intuitiva, sino reflexiva

No fruto de una reflexión individual, sino colectiva

El Derecho (consciencia colectiva reflexiva del pueblo) expresa las angustias, disgustos, aspiraciones o apetencias de la gente en las diversas épocas.

Cuando colectivamente nos damos cuenta... plasmamos pautas de conducta para satisfacer nuestras angustias, aspiraciones o apetencias (finalidad de las normas)

Las aspiraciones y angustias del Siglo XIX son diferentes de las del Siglo XXI

✓ La burguesía tenía temor del poder absoluto monárquico; necesitaba afirmarse frente al Gobierno: la libertad política.

✓ Construye su bunker: la propiedad privada

✓ El hombre moderno tiene otras acechanzas: producto de las tres revoluciones del siglo XX

★ La atómica

★ La biológica

★ La tecnológica

✓ La dignidad del hombre

El Dr. Leonardo H. Schiffrin ha dicho:



“La dignidad del hombre no es una convicción adquirida durante el siglo XX, pero, en verdad, *la preocupación por encontrar los mecanismos adecuados para que ella se traduzca en la efectiva protección de los derechos que de ella emanan, lo es*”

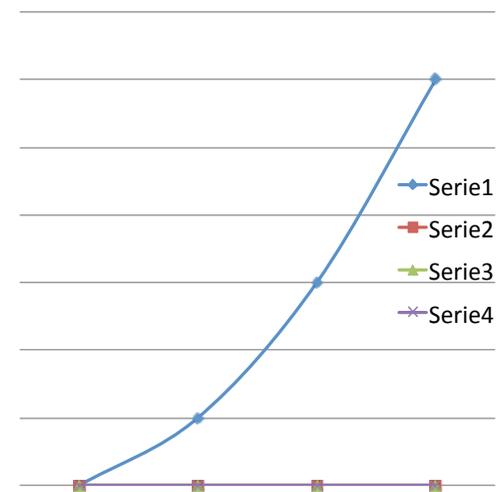
Schiffrin, Leonardo H., “Notas sobre el significado de los Derechos Humanos en la tradición constitucional argentina” en “Constitución y derechos humanos, Bs.As., Astrea, 1991, pág. 22.

La libertad política era lo esencial del hombre del siglo XVIII, y por ello, es lógico que las normas fundamentales del sistema se ocupasen del **derecho público**;



Replanteo de las esferas públicas y privadas y de las esferas de actuación de la justicia conmutativa y distributiva

Pero, ante la irrupción de la persona humana, como eje del Derecho es necesario que el **Derecho común** adquiriera un nuevo rango, una nueva jerarquía



Derecho común en ascenso

“Es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas corrientes interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, ese derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas...”





La posibilidad de investigar a efectos fiscales las cuentas corrientes, no entraña la procedencia de la investigación justificativa de todas y cada una de las partidas contables reflejadas en dicha cuentas corrientes, pues si alguna de esas partidas estuviese afecta al derecho de intimidad personal y familiar reconocido en la C.E. a favor del contribuyente investigado, podrá éste invocar ese derecho e impedir, en su caso, la investigación referente a la partida o partidas de que se trate...”



“*Constitucionalización del derecho privado.* La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente 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. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”

- La persona como eje del sistema

“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”

CSN, 6/4/93, “Bahamondez Marcelo s/medida cautelar” Fallos 316:479 y LL 1993-D-127 (Apuntes Caso IX p. 116)

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

La apoyatura en la dignidad de la persona humana:

Conmueve y transforma el Derecho

Las garantías constitucionales dejan de ser invocables sólo contra el Estado y pasan a tener vigencia entre particulares

Soy libre de
contratar o no



No puedo
discriminar

Al haberse acreditado la conducta discriminatoria de la empresa que durante años prefirió la contratación de empleados de sexo masculino, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta -en el caso, por una fundación- y condenar a la demandada a que en el futuro contrate sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • 16/12/2002 •
Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A. • LA LEY 2003-B ,
970 con nota de Eduardo Gregorini Clusellas • DT 2003-A , 364 • AR/JUR/
1908/2002 (Apuntes caso XVI pág. 267)

C.S.J.N. 20/5/2014 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva SRL y otros s/ amparo”

“Nada hay en la letra ni es el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” -porque son los derechos esenciales del hombre esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *latu sensu* carezca de protección constitucional... por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”

La teoría alemana del Drittwirking der Grundrechte

C.S.J.N. 20/5/2014 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva SRL y otros s/ amparo”

C.S.J.N. 20/5/2014 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo”

Se trataba de una empresa que sólo contrataba varones para la conducción de colectivos en la Prov. de Salta

La Corte se apoyó en la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la llamada teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares

Hechos:

Los actores promovieron demanda de daños y perjuicios entablada contra la propietaria de un inmueble en virtud de supuestas maniobras discriminatorias realizadas por la demandada al impedirles alquilar una unidad funcional por la única razón de profesar la religión judía. El juzgado de primera instancia rechazó la demanda al sostener que no había sido probado el hecho discriminatorio imputado. La Cámara revocó la sentencia apelada.

Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, “H., L. y ot. c/S.F., M” Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de Osmar Domínguez y Marcos Fernández, LL 2006-F-379, con nota de Gil Domínguez y ED 220-266 con nota de Wetzler Malbrán

FUNDAMENTOS del rechazo de la demanda en 1a.

Instancia:

A) Estos juicios presentan dificultad probatoria.

B) Los dichos de la demandada a la inmobiliaria fueron manifestados en la intimidad sin contenido racista; estaban relacionados con el miedo por el atentado a las torres gemelas, tal como surge de la pericia psicológica.

Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, “H., L. y ot. c/S.F., M” Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de Osmar Domínguez y Marcos Fernández, LL 2006-F-379, con nota de Gil Domínguez y ED 220-266 con nota de Wetzler Malbrán

- C) Los actores reconocen que no tuvieron problemas en el trato directo con la propietaria.
- D) NO es discriminatorio que la demandada diga que la religión católica es la única verdadera.
- E) Los actores no han sido veraces en el beneficio de litigar sin gastos, por lo que se les concedió sólo el 20%.
- F) No corresponde afectar el derecho de propiedad de la locadora.

Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, “H., L. y ot. c/S.F., M” Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de Osmar Domínguez y Marcos Fernández, LL 2006-F-379, con nota de Gil Domínguez y ED 220-266 con nota de Wetzler Malbrán

La Cámara revoca.

La sentencia de la Cámara no obligó a la propietaria a contratar a un inquilino que no deseaba, sino a compensarlo por el daño moral ocasionado a raíz de no haber querido alquilarle. La solución no implica una restricción a la libertad de contratar en un sentido estricto.

Aquellas personas que no deseen contratar sobre la base convicciones que tengan efectos discriminatorios ¿pueden hacerlo?

Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, “H., L. y ot. c/S.F., M” Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de Osmar Domínguez y Marcos Fernández; LL 2006-F-379, con nota de Gil Domínguez; y ED 220-266 con nota de Wetzler Malbrán

¿Podría haber obligado a contratar?

Ley 23.592: “quien arbitrariamente impida igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización **y** a reparar el daño moral y material ocasionados



¿La ley de responsabilidad del Estado -26.944- es coherente con este sistema de comunicabilidad de principios entre el derecho público y privado?
¿Es coherente con el principio de igualdad y de no discriminación arbitraria?
Fundemos nuestras respuestas.

Respuesta civilista

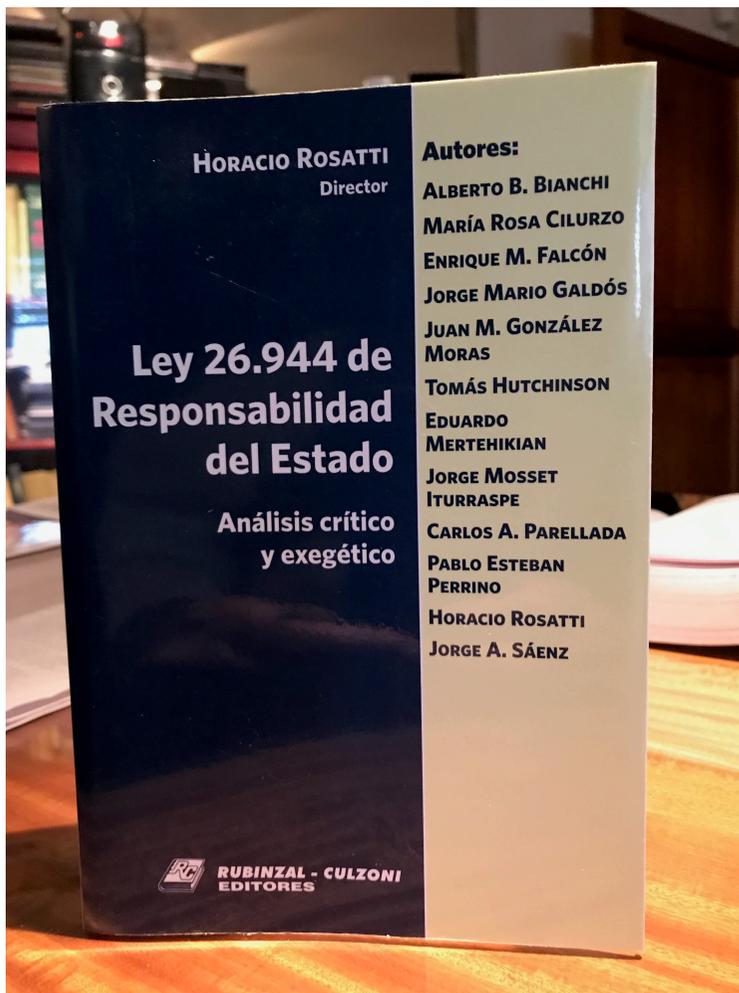
KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en la conferencia pronunciada el 21 de marzo de 2013, organizada junto con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, disponible en [www. / vimeo.com/62599608](http://www.vimeo.com/62599608)

CASIELLO, Juan José “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, en el Proyecto de Código” L.L. To. 2013-E pág. 833 y LLOnline AR/DOC/3319/2013;

PIZARRO Ramón D., “La responsabilidad del Estado y los empleados públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Cód” L.L. To. 2013-E pág. 855, RCyS 2013-X pág. 5 y LLOnline AR/DOC/2710/2013; con anterioridad el maestro cordobés había expuesto su opinión en “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas del derecho público provincial” en LLCórdoba To. 2011 pág. 1159 y AR/DOC/6116/2011

PARELLADA, Carlos A. “Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos” L.L. To. 2013-E pág. 840 y AR/DOC/3185/2013;

Respuesta administrativista



Sistema Interamericano Derechos Humanos (S.I.DD.HH.)



- La República Argentina integra el S.I.DD.HH. (ratificada por Ley 23.054)

LEY N° 23.054

Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica.

Sancionada: Marzo 1° de 1984.
Promulgada: Marzo 19 de 1984.

EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION ARGENTINA
REUNIDOS EN CONGRESO, ETC., SANCIONAN CON FUERZA DE
LEY:

ARTICULO 1° - **Apruébase** la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley.

ARTICULO 2° - **Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad.**

ARTICULO 3° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a un día del mes de marzo del año **mil novecientos ochenta y cuatro**.



La aprobación significa que el Estado Argentino

Se obliga a respetar

No interferir en el disfrute efectivo de los DD.HH.

Se obliga a garantizar

A remover todos los obstáculos al ejercicio efectivo de los DD.HH.

Se obliga a proteger

A prevenir la interferencia de terceros en el disfrute de los DD.HH.

Se obliga a respetar
No interferir en el disfrute
efectivo de los DD.HH.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen **a respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La aprobación significa que el Estado Argentino

Se obliga a respetar

No interferir en el disfrute efectivo de los DD.HH.

Se obliga a garantizar

A remover todos los obstáculos al ejercicio efectivo de los DD.HH.

Se obliga a proteger

A prevenir la interferencia de terceros en el disfrute de los DD.HH.

Se obliga a garantizar

A remover todos los
obstáculos al
ejercicio efectivo de
los DD.HH.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La aprobación significa que el Estado Argentino

Se obliga a respetar

No interferir en el disfrute efectivo de los DD.HH.

Se obliga a garantizar

A remover todos los obstáculos al ejercicio efectivo de los DD.HH.

Se obliga a proteger

A prevenir la interferencia de terceros en el disfrute de los DD.HH.

Deriva:

Del carácter *erga omnes* de las obligaciones asumidas.

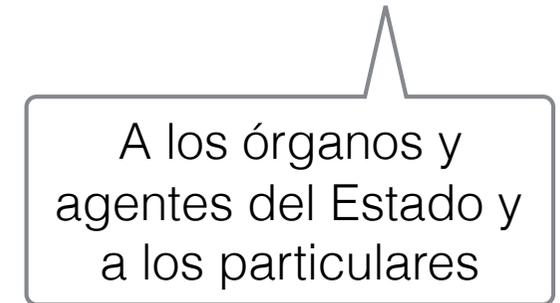
Se obliga a proteger

A prevenir la interferencia de terceros en el disfrute de los DD.HH.

Horizontal



Vertical



Corte IDH, 31-1-2006 “Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” voto Cançado Trindade, p. 8.

La teoría alemana del Drittwirking der Grundrechte

Se obliga a proteger

A prevenir la
interferencia de
terceros en el
disfrute de los
DD.HH.

Origina una obligación positiva de prevenir y obrar: tomar medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos

Omitir esas medidas origina responsabilidad del Estado (Corte IDH, 4-7-2006, "Ximenes Lopes vs. Brasil", ps. 86 y 87).

¿Podrá la República Argentina excusarse alegando que los órganos administrativos no tenían impuesta la obligación expresa de prevenir la interferencia de los terceros?

En la Constitución Nacional enraíza...

El derecho a que los daños sean reparados:

“sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”



Nos preocupa que el derecho del hombre a la reparación –enraizado en la Constitución Nacional- es materia de derecho común sin exista disposición constitucional que permita distinguir de la conducta dañadora del Estado o de los particulares.

“Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier causa”



porque el derecho a la reparación y sus alcances no es un derecho de naturaleza administrativa, que el hombre ostente en virtud del ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los Poderes estatales.

A blue L-shaped arrow pointing from the left towards the text below.

Es un derecho sustancial o de fondo que nace por la violación de los derechos en que puede incurrir otro sujeto de derecho, sea persona pública o privada



porque el derecho a la reparación y sus alcances no es un derecho de naturaleza administrativa, que el hombre ostente en virtud del ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los Poderes estatales.



Porque aquello de lo que el daño priva a la víctima es de sus bienes (en sentido amplio), garantidos por el derecho civil y los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional.



porque el derecho a la reparación y sus alcances no es un derecho de naturaleza administrativa, que el hombre ostente en virtud del ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los Poderes estatales.



El derecho a ser indemnizado no es un derecho público subjetivo que el administrado, en cuanto tal, tiene frente a la administración.



pero ¡no nos desespera!

Porque la República Argentina está dentro de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Desde que hemos suscripto y ratificado por Ley 23.054 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que integra nuestro orden constitucional por imperio de la incorporación de los Tratados Internacionales dispuesta por el art. 75 inc. 22 C.N. 1994



Dentro de ese sistema, la CIDH ha sentado el criterio que los daños sufridos por las víctimas individuales en virtud de las violaciones del Derecho Internacional provocan el deber de repararlos en forma adecuada, a cargo del Estado que ha incurrido en el hecho violatorio de las garantías o libertades que ha reconocido

La CIDH entiende que los Estados miembros se han comprometido –en mérito al art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- *“a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*; y que la Corte está facultada a disponer –en virtud del art. 63.1- la reparación de *“las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*.

Pero, además, la C.S.J.N. ha sentado el criterio según el cual los jueces deben efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las disposiciones legales de orden interno

21) ... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” ...

“En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)”

C.S.J.N, julio 13-2007 **“Mazzeo, Julio L. y otros” Fallos 330:3248**, LL 2007-D , 401 con nota de Calogero Pizzolo; LL 2007-D , 426 con nota de Eduardo S. Barcesat • LA LEY 2007-F , 158 con nota de Claudio D. Gómez; LA LEY 2008-A , 350 con nota de Juan María del Sel • JA 2007-III , 573 • JA 2007-IV , 598 y LLOnline AR/JUR/2751/2007

Por esta vía...

Los jueces en ese examen de constitucionalidad y convencionalidad no podrán permitir que las leyes de orden interno escatimen la reparación de los daños que se ocasionen como consecuencia de la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos

¡¡No zafa!!

Conclusiones

- El Estado es y seguirá siendo responsable por los daños que cause a los habitantes de la Nación.
- Cuando presta servicios en función del art. 40 de la Ley 24.240 y cuando es empleador.
- Fuera de esas esferas, en virtud de las normas internacionales en las que se ha comprometido a respetar los derechos humanos

Conclusiones

- El Derecho de los Tratados Incorporados y la jurisprudencia de la C.I.D.H lo obliga a reparar los daños sufridos como consecuencia de las violaciones de los derechos humanos reconocidos en las Convenciones.
- Los jueces deberán controlar de oficio la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas de orden interno sobre la responsabilidad del Estado

Conclusiones

- Resultan, en principio, violatorias de la Constitución Nacional, las normas legales que pretendan regular los daños que causen a terceros, los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.
- Tales normas constituye materia delegada (art. 75 inc. 12 C.N.), y vedada a la legislación local (art. 126 C.N.)

Conclusiones

- Hay un claro agravio al principio de progresividad, porque volvemos –en cierta forma- a la vieja distinción entre actos de imperio y de gestión.
- Necesitamos –como siempre- de jueces dispuestos a defender los derechos de los habitantes.

Nuestra autocrítica...

“reaccionar contra el fraccionamiento del saber jurídico, la insidiosa excesiva división del Derecho en ramas y en especializaciones que prevaleciendo inevitablemente harán del jurista, encerrado en su microsistema, un componente específico, dotado de refinados instrumentos técnicos sectoriales, pero acrítico, insensible hacia el proyecto completo de sociedad...”

Perlingieri, P. “Il Diritto Civile nella legalità costituzionale”, cit. por Mosset Iturraspe, Jorge “Derecho civil constitucional”, Bs.As.-Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2011, pág. 35, No. 2

La relación entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

La relación entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.



Aquí nos vamos a detener...



La relación entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

Aquí nos vamos a detener... para analizar dos casos

XXX. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/07/2007, Mazzeo, Julio L. y otros
Fallos: 330:3248 LLOnline: AR/JUR/2751/2007 - Apuntes pág. 593

XXXI. Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS), 14/02/2017, “: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”
Apuntes pág. 572

Cómo funciona el sistema de transformación del Derecho

- La persona como eje del sistema

Implicancias

En ella confluyen el Derecho Público y Privado

- Generalización del principio protectorio

- ★ Protección bilateral a protección estructural

Principio *libertatis*, favor *debilis*, a la protección estructural del consumidor

- Los derechos fundamentales

- Primera generación: La libertad negativa que trata de poner límites al Estado
- Segunda: los económicos sociales (derecho al trabajo - a la vida digna – a la salud, etc.)
- Tercera: que apuntan a la degradación de la libertad por los avances tecnológicos y de la sociedad de consumo
- Cuarta: el derecho a ser diferente

El derecho privado se ocupa de las desigualdades –que advierte- entre los hombres

«Muere el mito de la revolución francesa de la «igualdad formal» y nace la idea de la «igualdad material»»'



Posibles colisiones entre los derechos o normas fundamentales

Algunos son complementarios

Unos no sirven sin el otro; la libertad sirve en tanto se tenga trabajo; pero si se vive en ambiente contaminado no sirve ni el trabajo ni la libertad

Otros, son competitivos

La colisión lleva a la restricción

No siempre pueden satisfacerse a todo el mundo, el derecho de uno termina donde comienza el del otro

Otros, son contradictorios

Sólo puede subsistir uno

Porque si se le satisface a uno no puede satisfacerse otro

Los derechos fundamentales competitivos se disciernen mediante **la armonización** sobre la base de la argumentaciones

★ A favor de los derechos

En la duda a favor de la libertad.

★ favor '*libertatis*'

En la duda a favor de la permisión.

★ favor permisión

En la duda a favor de la autonomía.

★ favor autonomía

La interpretación no puede llevar a privar a otro de un derecho.

★ favor vigencia

Interpretación extensiva de los derechos y restrictiva de las limitaciones

★ favor '*homine*'

★ favor racionalidad

Hay que buscar la solución más racional

Constituyen un mínimo garantizado y efectivo

No son declamatorios sino efectivos

Son antidemocráticos

No dependen de la voluntad legislativa sino que se imponen al Legislador

Son operativos

“Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”

CSN, 7/7/92, “Ekmekjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” LL 1992-C-543

Los principios son generales, son deónticos y permanecen;
son mandatos de optimización



Si los principios colisionan entre sí, se trata de compatibilizarlos o de ponderar las importancias relativas entre ellos

Reglas: son creadas, menos generales que los principios, ya que definen situaciones.

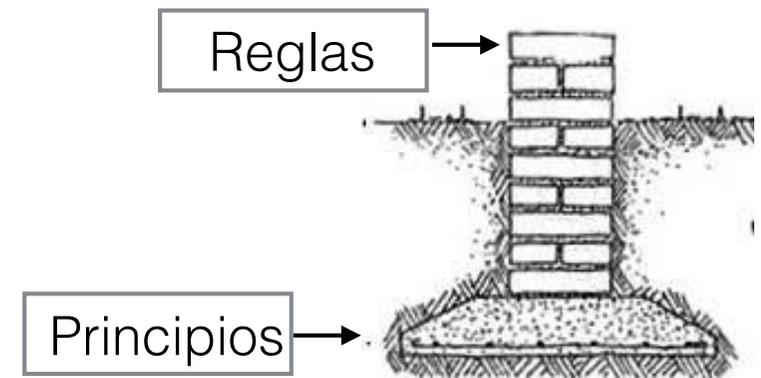
Las reglas, en cambio, se excluyen entre sí. La aplicación de una excluye a la otra.

Valores: no son deónticos sino encierran una valoración

Principio es sinónimo de máxima, de apotegma, de aforismo, de proverbio, de guía, de pieza de sabiduría tradicional y experimentada (Alterini, Atilio A.).



El principio jurídico tiene antes que todo un rol fundante de las reglas del sistema



Principios

Son estándares que deben ser observados por una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad

Directivas políticas

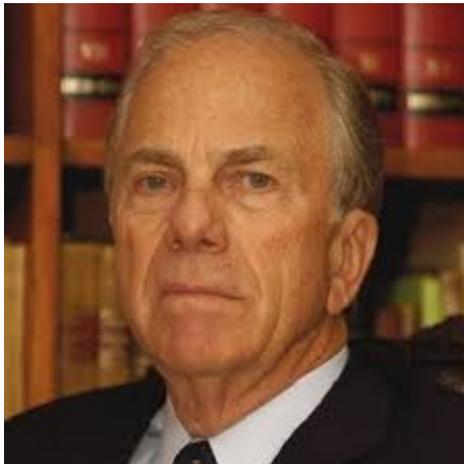
Son estándares que proponen un objetivo a ser cumplido

La colisión entre distintos principios debería ser resuelta valorativamente en cuanto “principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra vez con ropaje axiológico”



Robert Alexy

“Estándar jurídico es más que una especie de módulo técnico, guía o directiva formada al margen de la regla de derecho porque refleja el sentido de justicia considerando los factores económicos, sociales y morales”



Rafael Bielsa “Las reglas de derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia a propósito del “standar” jurídico” LL 69-867.

“El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho”

C.S.N., junio 14-2005, «Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad», voto del Dr. Lorenzetti, LA LEY 2005-E , 331, con nota de Nicolás Diana; Gonzalo S. Kodelia; Florencia Moscariell



Lon Fuller, “The morality of law”, New Haven, Yale University Press)

Código Civil y Comercial de la Nación

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

Son las reglas... los casos se resuelven en base a reglas. Ellas tienen finalidades.

Código Civil y Comercial de la Nación

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

En la interpretación entran... los principios y los valores... las palabras de la ley, su finalidad, las leyes análogas y las disposiciones de los tratados... de modo coherente con todo el ordenamiento

*“1) Aspectos valorativos
Código con identidad cultural latinoamericana
Constitucionalización del derecho privado
Código de la igualdad
Código de los derechos individuales y colectivos
En materia de bienes. La mayoría de los códigos decimonónicos han
quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo
de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad,
como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. Código para una
sociedad multicultural
Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales
Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta
legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayo”*

¿Esta palabrería
tiene alguna
trascendencia
práctica?





Veámoslo en relación a algunos derechos...

- ✓ Los principios sirven para humanizar las reglas
- ✓ El principio como optimizador de soluciones
- ✓ Los supuestos de colisión con el derecho a la intimidad, la privacidad, el honor
- ✓ Cómo influye esa optimización en el derecho a la salud
- ✓ Cómo juegan en el ámbito de la libertad de prensa



Se presentan ante la jurisdicción, los padres de una menor de 18 años (faltaban dos meses para que los cumpliera al momento del fallo de la Corte) solicitando autorización judicial para que su hija done un riñón a su hermano, que padece una enfermedad crónica renal

C.S.N., noviembre 6-1980 «Saguir y Dib, Claudia Graciela» Fallos 202:193, LA LEY 1981-A , 401, con nota de Julio Raúl Méndez.; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005 , 183, con nota de Calogero Pizzolo; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002 , 579, con nota de María Eugenia Donadío; Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002 , 210, con nota de Fernando Jorge Cesari; y AR/JUR/ 1136/1980



Se presentan ante la jurisdicción, los padres de una menor de 18 años (faltaban dos meses para que los cumpliera al momento del fallo de la Corte) solicitando autorización judicial para que su hija done un riñón a su hermano, que padece una enfermedad crónica renal

Art. 13 de la Ley 21.541 exigía requería que el donante fuera capaz, y la menor no disponía de capacidad

El Tribunal de primera instancia aplicó el enunciado normativo y denegó la autorización fundado en la incapacidad del donante (art. 13 L. 21.541)

La Cámara (Sala A) confirmó, por mayoría, el fallo inicial



La exigencia del art. 13 de la ley 21.541 (ADLA, XXXVII-A, 146), de que para disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano debe ser persona capaz, **no puede interpretarse de forma meramente teórica, literal y rígida que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos, debiendo adoptarse en cambio un criterio que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos**

C.S.N., noviembre 6-1980 «Saguir y Dib, Claudia Graciela» Fallos 202:193, LA LEY 1981-A , 401, con nota de Julio Raúl Méndez, y LLOnline AR/JUR/1136/1980



Si bien es exacto que la integridad corporal es también un derecho natural, es relativamente secundario con respecto al derecho a la vida, por lo cual la ley 21.541, se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador de órganos... No puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. En el caso, el menor que sería dador del órgano, ha dado su conformidad para efectuar el trasplante. (Voto de los doctores Gabrielli y Rossi)

C.S.N., noviembre 6-1980 «Saguir y Dib, Claudia Graciela» Fallos 202:193, LA LEY 1981-A , 401, con nota de Julio Raúl Méndez, y LLOnline AR/JUR/1136/1980



No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690-).

Análisis consecuencialista

C.S.N., noviembre 6-1980 «Saguir y Dib, Claudia Graciela» Fallos 202:193, LA LEY 1981-A , 401, con nota de Julio Raúl Méndez, y LLOnline AR/JUR/1136/1980

C.S.N., noviembre 6-1980 «Saguir y Dib, Claudia Graciela» Fallos 202:193, LA LEY 1981-A , 401, con nota de Julio Raúl Méndez, y LLOnline AR/JUR/1136/1980

Art. 4 C.A.DD.HH. - 1.
Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Pautas de ponderación utilizadas:

- ★ El riesgo de vida del donatario. El derecho fundante de todos los derechos (la vida)
- ★ El escaso tiempo para que el donante cumpliera la edad requerida por la Ley
- ★ El fin de la Ley al establecer la edad mínima y la falta de peligro en el caso concreto.
- ★ El análisis consecuencialista.
- ★ La ponderación de una regla frente a un principio, y el valor fundante (el supremo).

“El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.

Se dispone que quien ejerce la tutela es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de la actuación personal del propio tutelado en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez”

Título VII: “Responsabilidad parental”

“la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (Preámbulo de la convención citada). También se debe tener en cuenta que la noción de “adolescencia” tiene entidad o conceptualización jurídica, al ser considerada tal toda persona menor de edad entre los 13 y los 18 años.”

El *alterum non laedere* y la optimización
provocada por el principio

- ❖ Autonomía de la voluntad (interna y externa)
- ❖ Libertad de conciencia
- ❖ Libertad de pensamiento
- ❖ Libertad de elección del propio proyecto de vida

El ejercicio de estos derechos en los hechos o las actividades nos enfrentan con sus límites

Principio de libertad

Art. 19 C.N. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de terceros, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Alterum non laedere

Art. 19 C.N. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de terceros, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Alterum non laedere

Es un límite al principio de libertad

Art. 19 C.N. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de terceros, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Art. 19 C.N. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de terceros, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.



Principio de legalidad

- ❖ Autonomía de la voluntad (interna y externa)
- ❖ Libertad de conciencia
- ❖ Libertad de pensamiento
- ❖ Libertad de elección del propio proyecto de vida

El ejercicio de estos derechos en los hechos o las actividades nos enfrentan con sus límites

Principio de libertad

Alterum non laedere

Art. 19 C.N. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de terceros, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Principio de legalidad

Discutamos algunos casos...

La decisión adoptada por los padres de un recién nacido, al diseñar su proyecto familiar, de no aplicarle las vacunas obligatorias, afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, está sujeta a la interferencia estatal, en el caso, plasmada en el plan de vacunación nacional.

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/06/2012 • N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas • • LA LEY 26/06/2012 , 7 • Sup. Const. 2012 (junio) , 66 • LA LEY 2012-D , 182 • DFyP 2012 (septiembre) , 269 con nota de Marcelo Enrique Luft • ED 25/10/2012 , 1 • DJ 07/11/2012 , 17 con nota de Diego A. Dolabjian • ED 250 , 45 • AR/JUR/23454/2012

Encontrándose comprometidas las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal —en el caso, una persona mayor de edad manifestó su voluntad ante escribano de no querer recibir transfusiones de sangre por considerarlas contrarias a su culto—, razón por la cual los pacientes tienen derecho a hacer opciones, de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, elección que debe ser respetada.

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/06/2012,
Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias • LA
LEY 2012-C , 483 con nota de Andrés Gil Domínguez; Marcela I.
Basterra • LA LEY 2012-D , 127 con nota de Guillermina Leontina
Sosa • LA LEY 2012-D , 245 con nota de Verónica M. Ientile; Santiago
Legarre; María Isabel Benavente; Aldo M. Di Vito • DFyP 2012
(agosto) , 288 con nota de María Isabel Benavente; Aldo M. Di Vito •
DJ 15/08/2012 , 14 con nota a fallo de Alberto B. Bianchi; Juan
Manuel Jallés • DJ 14/11/2012 , 13 con nota de Nelly A. Taiana de
Brandi; Maritel M. Brandi Taiana

La libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar ese interés, circunstancias que no se configuran en el caso de quien siendo mayor de edad se niega a recibir un tratamiento sanitario por considerarlo contrario a sus creencias religiosas, y, por ende, no resulta constitucionalmente justificada una resolución judicial que así lo autorice, cuando la decisión del individuo ha sido tomada con pleno discernimiento y no afecta directamente derechos de terceros.

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/06/2012,
Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias • LA
LEY 2012-C , 483 con nota de Andrés Gil Domínguez; Marcela I.
Basterra • LA LEY 2012-D , 127 con nota de Guillermina Leontina
Sosa • LA LEY 2012-D , 245 con nota de Verónica M. Ientile; Santiago
Legarre; María Isabel Benavente; Aldo M. Di Vito • DFyP 2012
(agosto) , 288 con nota de María Isabel Benavente; Aldo M. Di Vito •
DJ 15/08/2012 , 14 con nota a fallo de Alberto B. Bianchi; Juan
Manuel Jallés • DJ 14/11/2012 , 13 con nota de Nelly A. Taiana de
Brandi; Maritel M. Brandi Taiana

Procede acceder al amparo interpuesto por el actor en nombre de sus hijos menores de siete y ocho años que fueron separados de la escuela a que concurrían con arreglo a lo dispuesto por la resolución general 4 del Consejo Nacional de Educación y por el decreto 1867/76 (Adla, XXXVI-C, 2219), por negarse a reverenciar los símbolos patrios fundados en convicciones religiosas de sus progenitores.

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/03/1979 • Barros, Juan C. y otro c. Consejo Nac. de Educación y otra • • LA LEY 1979-B , 531 • Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005 , 353 con nota de Adelina Loiano • AR/JUR/971/1979

Frente a la negativa de los progenitores a trasfundir a un hijo invocando razones religiosas y en ejercicio de la patria potestad, cabe sustituir la manifestación de voluntad expresada por éstos ante la institución sanitaria y todos los efectores intervinientes, en favor del derecho a la vida del niño, sin que ello implique afectación al derecho a la libertad de culto profesada por los padres, sino la defensa del interés superior del menor.

Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar del Plata • 17/01/2012

“V., O. M.”

LLOnline AP/JUR/12/2012

El Principio del “alterum non laedere”

Fundamento en el art. 19 Const.Nacional

CSJN, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1987-A, 442, Fallos: 308:1160, AR/JUR/611/1986.

"...al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es —por su menguado monto— meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera —por imperfecta que sea— el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del ‘alterum non laedere’ que tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna"

El Principio del “alterum non laedere”

CSJN, 5/8/1986, "Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino", La Ley Online, Fallos: 308:1118, AR/JUR/2036/1986. Ver también CSJN, 5/8/1986, "Luján, Honorio J. c. Estado Nacional", La Ley Online, Fallos: 308:1109, AR/JUR/2029/1986.

"...la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes **no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica**. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el *sub lite*"

El Principio del “alterum non laedere”

CSJN, 5/8/1986, "Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino", La Ley Online, Fallos: 308:1118, AR/JUR/2036/1986. Ver también CSJN, 5/8/1986, "Luján, Honorio J. c. Estado Nacional", La Ley Online, Fallos: 308:1109, AR/JUR/2029/1986.

CSJN, 9/11/2000, "Fabro, Víctor y otra c. Provincia de Río Negro y otros", La Ley Online, Fallos: 323:3564, AR/JUR/5632/2000.

CSJN, 30/3/2004, "Morea, Mariana M. c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", La Ley Online, Fallos: 327:857, AR/JUR/6508/2004

El *alterum non laedere* como optimizador
de soluciones

CSJN, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", LA LEY, 2012-F, 559, LA LEY, 2013-A, 26, con notas de María Angélica Gelli, Néstor P. Sagüés, Andrés Gil Domínguez y Jorge Reinaldo Vanossi, LA LEY, 2013-B, 54 con nota de Juan Pablo Falcón, DJ, 13/3/2013, 17, con nota de Andrea F. Mac Donald, RCyS, 2013-IV, 132, con notas de Carlos A. Ghersi y Marisa Gabriela López Bravo, LA LEY, 2013-B, 426 con nota de Luis Fernando Velasco, JA, 24/4/2013, 18, DJ, 5/6/2013, 9, con nota de Eduardo R. Olivero, AR/JUR/60694/2012.

".....la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen 'alterar' los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral "

Derecho a no ser
dañado

Deber de no
dañar





Derecho a no ser dañado

Es el antecedente o
prius lógico

Es el consecuente o
posterius lógico

El deber de no dañar que origina el derecho a la reparación



Derecho a no ser dañado

Es el antecedente o
prius lógico

Es el consecuente o
posterius lógico

El deber de no dañar que origina el derecho a la reparación

El deber de no dañar tiene un prius lógico: el derecho a no ser dañado



Derecho a no ser dañado

Es el consecuente o
posterius lógico

El deber de no dañar que origina el derecho a la reparación

Es el antecedente o
prius lógico

El deber de no dañar tiene un prius lógico: el derecho a no ser dañado



Derecho a no ser dañado

El deber de no dañar que origina el derecho a la reparación

Es el consecuente o
posterius lógico

Es el antecedente o
prius lógico

El deber de no dañar tiene un prius lógico: el derecho a no ser dañado



Derecho a no ser dañado

C.S.N. agosto 5-1986 "[Gunther c/ Gob. Nacional](#)", en E.D. 120-524 o Fallos 308-1118 y setiembre 25-1997 "[L., B. J. c/ Policía Federal Argentina](#)" L.L. To. 1998- E pág. 528 y J.A. To.1998-I 97

“Es dable recordar que el mandato del ‘alterum non laedere’ , entrañablemente vinculado a la idea de reparación, **tiene raíz constitucional** y la reglamentación que hace a su respecto el Código Civil no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”

Si el derecho a la reparación tiene raíz constitucional,
El derecho a no ser dañado tiene -también- raíz constitucional



Derecho a no ser dañado

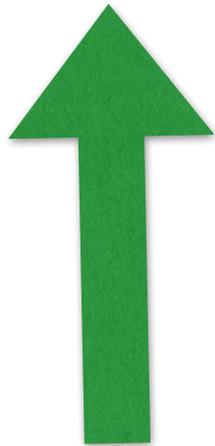
El derecho a no ser
dañado tiene -también-
raíz constitucional

El derecho a la prevención de
los daños

origina

Art. 43 C.N. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, contra **todo acto u omisión** de autoridades públicas o de particulares, que en forma **actual o inminente lesione**, restrinja, altere, con arbitrariedad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley.

Desde el *alterum non laedere* hemos llegado a que existe un deber de prevenir los daños evitables y un derecho a que el hombre permanezca incólume



Lo que implica una evolución de optimización de los derechos del hombre a partir de un principio romano:
alterum non laedere

Código Civil y Comercial de la Nación

TÍTULO V

Otras fuentes de las obligaciones

CAPÍTULO 1

Responsabilidad civil

SECCIÓN 2a

Función preventiva y punición excesiva

Art. 1710.— Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- 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;

Esto no significa un derecho absoluto a permanecer incólume ni que el Estado sea garante de la integridad de todos sus habitantes

La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa

C.S.N., marzo 6-2007 “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” Fallos 330:563 Lexis N°

C.S.N., marzo 6-2007 “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” Fallos 330:563 Lexis Nº 4/62466

No corresponde atribuir responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por simpatizantes de un equipo de fútbol a quien permaneció durante el partido en las inmediaciones de la cancha, si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, pues se destinaron efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio, no existía un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente y la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece

El art. 19 de la C.N. ... dá para otra clase...

¿Qué son las acciones privadas?

¿Es sólo el fuero interno,
lo que pienso o lo que se
refiere a mí mismo?

¿Es lo que hago en
soledad o en mi hogar?

¿Lo que hago en público
puede ser una acción
privada?



Santiago Legarre: las acciones
realizadas en público no son privadas

¿Qué son las acciones privadas?

¿Es sólo el fuero interno, lo que pienso o lo que se refiere a mí mismo?

¿Es lo que hago en soledad o en mi hogar?

¿Lo que hago en público puede ser una acción privada?

Art. 2 L.Datos personales: A los fines de la presente ley se entiende por:
- Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual

Quando profeso mi religión

Carlos S. Nino: acciones exteriorizadas ante los demás pueden ser privadas

Están excluidas del poder de las autoridades

¿Qué son las acciones privadas?

¿Pueden prohibirse las acciones que afectan al propio sujeto?

¿Pueden prohibirse las acciones que contrarían la perfección de los ciudadanos?

¿Qué son las acciones privadas?

El evitar el daño a la propia persona es suficiente para el Derecho interfiera

¿Pueden prohibirse las acciones que afectan al propio sujeto?

Desde una perspectiva paternalista. si

¿Pueden prohibirse las acciones que contrarían la perfección de los ciudadanos?

Desde una perspectiva perfeccionista. si

La degradación moral es argumento suficiente para que el Derecho interfiera.

¿Qué son las acciones privadas?

Desde una perspectiva paternalista. si

Buscar la conciliación entre la libertad y la defensa social

Hay que evitar el daño a la propia persona y la ejemplaridad de las conductas desviadas

Desde una perspectiva perfeccionista. si

Hay que evitar el daño a la propia persona y la ejemplaridad de las conductas desviadas

Divorcio vincular

Libertad de cultos

Derecho a la vida

Tenencia de drogas

Preferencias sexuales

La perspectiva perfeccionista

Desnaturaliza el art. 19 C.N. pues debería prohibirse todo acto que no sea puro y digno

La perspectiva paternalista

Se justifica en relación a los incapaces, pero no de las personas capaces

La perspectiva de la defensa social

Sólo se justifica si hay una relación racional entre la acción condenada y otras consecuencias disvaliosas.
No cuando se asocian arbitrariamente

La tenencia de drogas para consumo personal (art. 6 L. 20771 y 14 L. 23.737)

1978 – “Colavini” (Fallos 300:254) es constitucional

1986 – “Basterrica” (Fallos 308:1392) y “Capalbo” (Fallos 308:1498) por mayoría es inconstitucional (Bacqué, Belluscio y Petracchi) (en disidencia: Caballero y Fayt sosteniendo que ofendería a la moral pública y es proclive a causar daños a terceros)

1987 – “von Wernich” (Fallos 310:2836) y “García” (Fallos 311:2228) empieza a considerarse la cuestión de la ostensibilidad de la tenencia y a girar desde la privacidad hacia la intimidad

1990 – “Montalto” (Fallos 313:1333) se vuelve a la segunda etapa y se entiende que es una conducta ofensiva del orden, la moral pública y la salud pública.

La tenencia de drogas para consumo personal (art. 6 L. 20771 y 14 L. 23.737)

C.S.N. agosto 25-2009 «Arriola, Sebastián s/causa 9080» AR/JUR/
26966/2009

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales

¿Es relevante la ostensibilidad de la tenencia para uso personal?

¿Puede inculmarse la tenencia para uso personal?

- Ese acto de tenencia para uso personal está en el ámbito de la intimidad
- O afecta la privacidad

¿El derecho privado está limitando al derecho público?



150448868

150448868

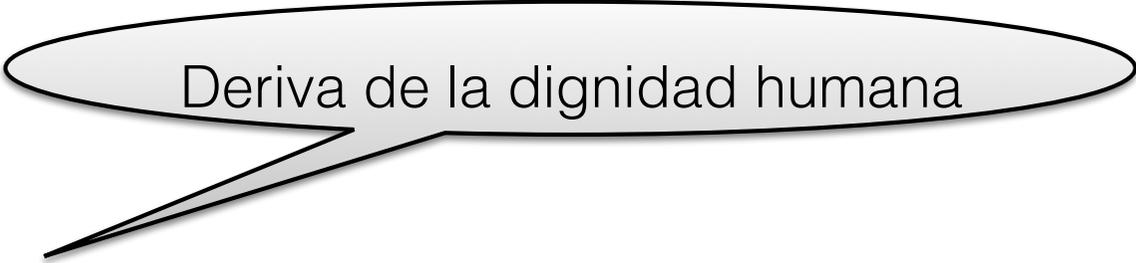
El derecho a la intimidad o privacidad



Art. 1071 bis **Cód.Civ.** – El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal...



Art. 1770 C.C.C.N.- 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, ...



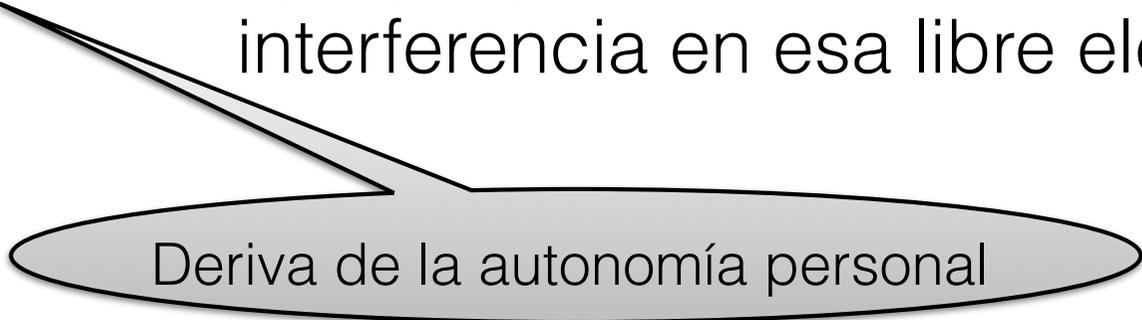
Deriva de la dignidad humana

Intimidad

Confiere la facultad a la persona de impedir que ciertos aspectos de su vida trasciendan a personas distintas de ella misma elija.

Privacidad

Confiere la facultad de hacer la elección del propio plan de vida, vedando la interferencia en esa libre elección.



Deriva de la autonomía personal

Estos derechos -especialmente, la intimidad- suelen colisionar con el derecho a la libertad de prensa.

Vamos a trabajar el fallo
recaído en la causa:
**C.S.J.N. “Franco, Julio César c/
Diario La mañana y/u otros s/
daños y perjuicios”**

Se trata de la indemnización del daño moral causado por publicación de la foto del cadáver del padre del accionante en estado de descomposición en un diario de la Provincia de Formosa

La privacidad y la objeción de conciencia

La elección del plan de vida autorreferente y su realización.

La objeción de conciencia por razones morales o religiosas –inofensiva para tercero- (no que no influya, sino que no dañe)

C.S.N., abril 18-1989, "Portillo, Alfredo" lo admitió parcialmente, pues no eximió del servicio militar, sino que lo efectuara sin armas

Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos

Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil. El Capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos”

La libertad de prensa y el derecho al honor



Una llamada anónima advierte que en un programa de televisión se va incluir un bloque humorístico respecto de la actuación de una Jueza Federal.

La Cámara ordena suspender la emisión del bloque



¿Se deben prevenir los daños al honor que puedan ocasionar los medios de comunicación?

La Constitución veda el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, -en el caso, se dejó sin efecto la medida cautelar que prohibía emitir por televisión un programa de humor relacionado al actor- y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás, está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad, violan los derechos de los otros (Del voto del doctor Belluscio).

C.S.N., setiembre 8-1992 Servini de Cubría, María R. - Fallos 315:1493

Sostuvo que no hay conflicto entre los derechos –reconocidos por el art. 11 y 13 de la C.A.D.H.- ya que las personas lesionadas en su honor tienen adecuada protección para la reparación de cualquier agravio. Pero, que no puede censurarse

Com.I.D.H. – 2-V-1996 - Informe 11/96 “Martorell, Francisco c/Rep. de Chile”

¿Qué actos afectan la libertad de prensa?

Ante el planteo de una empresa periodística que acusó al Intendente de la Ciudad de La Plata de distribuir desigualmente la pauta oficial

No es obligación estatal proteger a una empresa periodística, ya que el empresario debe asumir el riesgo empresario (mayoría: Belluscio, Boggiano, Nazareno, López y Vázquez)

C.S.N. 1997 “Emisiones Platenses S.A.” (Fallos 320:1191)

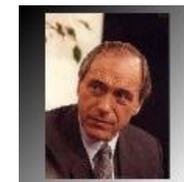
La libertad de prensa debe resguardarse no sólo de las violaciones groseras sino también de las más delicadas y es claro que el Estado puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente (minoría: Petracchi, Bossert y Fayt)



C.S.N. 1997 “Emisiones Platenses S.A.” (Fallos 320:1191)



La distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta. Corresponde al Estado demostrar los motivos de la disminución abrupta de la distribución de la pauta oficial (mayoría)



Si bien no existe un derecho intrínseco a recibir fondos oficiales por publicidad, cuando el Estado asigna esos recursos de forma discriminatoria se viola el derecho a la libre expresión. (Voto coincidente del doctor Fayt)



C.S.N., set. 5-2007, “Editorial Río Negro S.A. c/
Provincia de Neuquén”, J.A. To. 2007-IV-442

“No corresponde hacer lugar al amparo promovido por la empresa periodística si no ha demostrado que la disminución fuera apta para producir su deterioro económico”



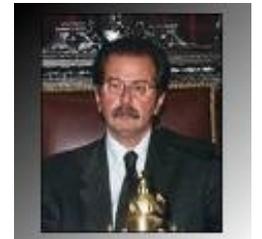
C.S.N., set. 5-2007, “Editorial Río Negro S.A. c/
Provincia de Neuquén”, J.A. To. 2007-IV-442

La desigualdad de trato en materia de asignación de publicidad oficial y su impacto en la estabilidad económica de determinado medio de prensa deben ser probados por la parte que los invoca, y, en cambio, la acreditación de causas justificadoras de la conducta del Estado incumbe a éste. (Del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Argibay)



C.S.N., set. 5-2007, “Editorial Río Negro S.A. c/
Provincia de Neuquén”, J.A. To. 2007-IV-442

El art. 32 de la Constitución Nacional dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del Estado. (Del voto en disidencia del doctor Maqueda)



C.S.N., set. 5-2007, “Editorial Río Negro S.A. c/
Provincia de Neuquén”, J.A. To. 2007-IV-442

La exclusión de la pauta publicitaria oficial a todas las publicaciones de la editorial reclamante configura un supuesto de presión que pone en riesgo la integridad del debate público, afectando injustificadamente y de modo indirecto la libertad de prensa y el legítimo interés que los lectores tienen en la actuación de los funcionarios públicos. (De la sentencia de la Corte, según la doctrina sentada en "Editorial Río Negro" —05/09/2007; Fallos: 330:3908— a la cual remite).

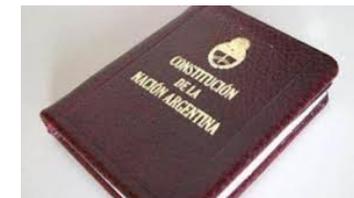
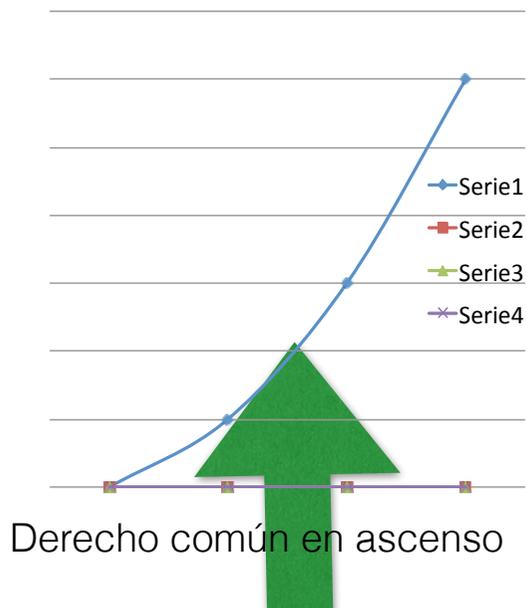
C.S.N., 02/03/2011, "Editorial Perfil S.A. y otro c. E.N. —Jefatura Gabinete de Ministros—", L.L. To. 2011-B, 243, con nota de Gregorio Badeni; Mariana Catalano; LLOnline AR/JUR/1257/2011

C.S.N., set. 5-2007, “Editorial Río Negro S.A. c/
Provincia de Neuquén”, J.A. To. 2007-IV-442

Reglas de ponderación de la mayoría:

- ✓ Existencia de supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial.
- ✓ Ausencia de motivos razonables cuya existencia debe ser probada por el Estado.
- ✓ Ejercicio irrazonable de facultades discrecionales.
- ✓ No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial.
- ✓ Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

¿El derecho a la incolumnidad del hombre significa que todos los daños deben ser indemnizados?



Responsabilidad civil



El derecho de daños ha ascendido al plano constitucional

Francia - Década de los 80 - Huelgas

Las empresas comenzaron a iniciar juicios contra los sindicatos y los dirigentes sindicales que declaraban las huelgas, pidiendo la indemnización de los daños producidos por las huelgas.

Francia - Década de los 80 - Huelgas

Las empresas comenzaron a iniciar juicios contra los sindicatos y los dirigentes sindicales que declaraban las huelgas, pidiendo la indemnización de los daños producidos por las huelgas.



Francia - Década de los 80 - Huelgas

El 28 de octubre de 1982 se dicta la ley cuyo artículo 8° estableció:

“Ninguna acción por reparación de daños causados por un conflicto colectivo de trabajo o en ocasión de él, puede ser intentada contra los asalariados, los representantes del personal, elegidos o designados, ni las organizaciones sindicales, salvo las acciones por reparación de daños causados por una infracción penal o daños causados por hechos manifiestamente no susceptibles de vincularse al ejercicio del derecho de huelga o al derecho sindical. Estas disposiciones son aplicables a los procedimientos en curso y comprenden los que se encuentran en la Corte de Casación”

La ley fue impugnada de inconstitucional...

Francia - Década de los 80 - Huelgas

La ley fue declarada inconstitucional, pues...

La ley fue
impugnada de
inconstitucional...

"desde la perspectiva del autor del daño culposamente causado", "la ley puede prever su irresponsabilidad, pero para no violar el derecho de la víctima, debe determinar otro sujeto responsable".

Conclusiones

- ✓ Asistimos a momentos de transformación de la Conciencia Colectiva
- ✓ El Derecho se transforma a resultas de los procesos de globalización
- ✓ El Derecho Público y Privado se acercan, por su confluencia en el hombre
- ✓ El Derecho Privado se constitucionaliza
- ✓ Los derechos fundamentales inspiran soluciones sobre las relaciones privadas
- ✓ No hay un mecanismo único para resolver los conflictos, sino una serie de normas y principios con los cuales vamos satisfaciendo los requerimientos de solución.
- ✓ El juego de principios y normas está regido por la racionalidad, la eficacia y la economicidad
- ✓ El límite es el respeto por la dignidad del hombre
- ✓ Tenemos que estar preparados para ver muchas otros cambios que se producirán en los tiempos que nos tocan vivir



¡¡Muchas gracias!!

Esta presentación está a disposición de Uds.
en www.parellada.com.ar
Sector conferencias
Allí también encontrarán la bibliografía
esencial.