



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

## El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado

por SILVIA MARRAMA(1)

*“El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”<sup>(2)</sup>.*

**Sumario:** 1. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL PROYECTO. – 2. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS. – 3. AFECTACIONES A LA DIGNIDAD. – 4. CONSENSOS. – 5. CONCLUSIONES.

### 1

#### Los derechos personalísimos en el Proyecto

Vélez Sarsfield no desconocía la existencia y naturaleza de los derechos personalísimos (cfr. nota al art. 2312, cód. civil), ni las consecuencias jurídicas de su vulneración (cfr. art. 1075, cód. civil), pero no los reguló sistemáticamente. En la actualidad, las normas que a ellos se refieren se encuentran dispersas entre las leyes complemen-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Sobre el comienzo de la existencia de la persona en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio*, por EDUARDO SAMBRIZZI, EDLA, 2012-A-1157; *Declive de la razón. Declive de la Argentina (El Anteproyecto de Código Civil y sus alcances en torno al bioderecho)*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 247-807; *Fictio iuris: la voluntad procreacional en el proyecto de reforma del Código Civil argentino*, por LEONARDO L. PUCHETA, ED, 248-924; *Proyecto de Recodificación Código Civil 2012: en persona humana y derecho de familia en contraste con el pensamiento y obra del Dr. Guillermo A. Borda, maestro del derecho como ciencia práctica*, por CATALINA E. ARIAS DE RONCHIETTO, ED, 250-912; *Comentario al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, por LUIS D. BARRY; PAZ MIATELLO; JORGE L. PÉREZ ALATI y PABLO RUEDA, ED, 253-485. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(1) Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. [silviaemarrama@gmail.com](mailto:silviaemarrama@gmail.com).

Este artículo se basa en la conferencia dictada el 24-6-14 en el Curso de Posgrado “Análisis Iusfilosófico y Bioético del Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Unificado 2012”, organizado por la Fundación Centro Cultural Universitario en convenio con la Universidad Católica de La Plata.

La autora publica este trabajo en el marco del Programa de Proyectos para Investigadores Formados de la Universidad Católica de Santa Fe (Proyecto de Investigación: “La fecundación humana extracorpórea en el derecho argentino”, aprobado por resolución 6944 del Consejo Superior de la Universidad Católica de Santa Fe).

(2) Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

tarias del Código Civil y leyes sancionadas con posterioridad, tales como las leyes de derechos del paciente, trasplantes de órganos, salud mental y la de protección de los datos personales<sup>(3)</sup>.

El Mensaje 884/2012 elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, refiere que “se innova en la incorporación de la regulación de los derechos personalísimos, que abundan en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal. Allí se reconocen expresamente los derechos a la dignidad, intimidad, honor e imagen, entre otros”.

Los redactores del Anteproyecto (Comisión Decreto Presidencial 191/2011) se propusieron, entre otros objetivos, atender a la “constitucionalización del derecho privado” y explican: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos 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 aceptar 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 [...]. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” (Punto I de los Fundamentos).

Los Fundamentos del Anteproyecto consideran que el Código Civil es la ley reglamentaria de los derechos humanos reconocidos por los Tratados incorporados al art. 75, inc. 22, CN. “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” (Punto IV, Capítulo 3, de los Fundamentos).

(3) Cfr. NAVARRO FLORIA, JUAN, (2012), *Los derechos personalísimos, [en línea], Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> [fecha de consulta: 30-5-14].

Sin embargo, MOISSET DE ESPANÉS<sup>(4)</sup> los distingue de los derechos humanos pues, aunque se trata de materias afines, los derechos humanos atienden a la protección de la persona frente al Estado, mientras que los derechos personalísimos se refieren al aspecto interior y singular de cada persona sin importar a quién sea atribuible el acto dañoso.

Los “derechos y actos personalísimos” se encuentran regulados en el Capítulo 3 del Libro I, referido a la persona humana, si bien en otras partes del Proyecto sancionado<sup>(5)</sup> se encuentran algunas disposiciones aisladas, tales como el art. 17 del Título Preliminar, y el art. 1738 de la Cuarta Sección, dedicada a los daños resarcibles. En consonancia con lo establecido en el punto 1.3. de los Fundamentos del Anteproyecto<sup>(6)</sup>, no se han incluido definiciones ni clasificaciones de los derechos personalísimos.

En cuanto a sus caracteres, la doctrina mayoritaria, siguiendo a SANTOS CIFUENTES<sup>(7)</sup>, sostiene que son innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inherentes, irrenunciables, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, inenajenables, inembargables, intransferibles, imprescriptibles e inejecutables, absolutos (oponibles *erga omnes*), privados (se ubican en el campo del comportamiento de los particulares), autónomos frente a otros derechos subjetivos. El Proyecto sancionado contempla, en el art. 55, la posibilidad de disponer de ellos, con los siguientes límites (establecidos desde antaño por el art. 19, CN): “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

### 2

#### La dignidad como fundamento de los derechos personalísimos

“La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Este es el texto original del art. 51 del Anteproyecto, que no fue modificado por el Senado en su sanción.

“El término dignidad ha entrado en el constitucionalismo moderno, ya que luego de la derrota del socialismo

(4) Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS; HIRUELA DE FERNÁNDEZ, MARÍA DEL PILAR, *Derechos de la personalidad*, en Revista Persona, Revista electrónica de derechos existenciales, dirigida por Ricardo D. Rabinovich-Berkman, N° 46, octubre 2005, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>. Fecha de acceso: 10-6-14.

(5) El Senado, en fecha 28-11-13, sancionó el Proyecto –con modificaciones–, y lo elevó para su tratamiento a la Cámara de Diputados.

(6) “Se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil”.

(7) Cfr. CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de Derecho Civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, Parte General, N° 26, pág. 150 y sigs.

## CONTENIDO

### DOCTRINA

El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, por

Silvia Marrama ..... 1

### JURISPRUDENCIA

#### COMERCIAL

Entidades Financieras: Comisiones por operaciones en ventanilla; licitud intrínseca; cobro; prohibición; Comunicación “A” 5460 BCRA; aplicación temporal. Derechos del Consumidor: Acción colectiva promovida por una asociación de consumidores; beneficio de justicia gratuita; aplicación; alcances (CNCm., sala D, junio 3-2014) ..... 3

#### PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Nulidad Procesal: Filiación; nulidad de todo lo actuado; notificaciones bajo responsabilidad (SC Buenos Aires, mayo 7-2014) ..... 7

### OPINIONES Y DOCUMENTOS

Legislación sobre salud en la Argentina, por Bernardita Berti García ..... 8

nacionalista alemán en 1945, que de manera tan horrenda violara los derechos y libertades de los miembros de su nación y de las naciones vecinas, el constituyente de Bonn (1949) quiso en el art. 1, inc. 1 de la Ley Fundamental proclamar –y como disposición constitucional básica y primordial– que ‘La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público’<sup>(8)</sup>.

El término “dignidad” ingresa en la Constitución argentina por la reforma de 1994(9), a través de los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22. Según estos tratados, todos los hombres nacen iguales en dignidad<sup>(10)</sup> y toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad<sup>(11)</sup>. La dignidad humana radica en el carácter espiritual del hombre, tal como establece el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Esta dignidad es el fundamento de los derechos esenciales<sup>(12)</sup> de la persona<sup>(13)</sup>, iguales e inalienables<sup>(14)</sup>, y su reconocimiento constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo<sup>(15)</sup>. Por ello, las cláusulas protectorias de esta dignidad humana son directamente aplicables; son operativas de suyo y obligan a todo órgano estatal<sup>(16)</sup>.

La utilización –en el art. 51 del Proyecto sancionado– del término “reconocimiento” de la dignidad humana traspasa del mismo modo el doloroso aprendizaje de la humanidad a raíz del Holocausto. Este “acto de barbarie ultrajante para la conciencia de la humanidad”<sup>(17)</sup> se basó en ideologías sustentadas en las ideas de CARL SCHMITT<sup>(18)</sup>, entre otros pensadores que sostenían que el derecho es producto de la “creación” de la voluntad humana, y no de un “reconocimiento” –por parte de la razón humana– de lo que el hombre “es”<sup>(19)</sup>. Ese aprendizaje de la humanidad quedó plasmado en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento* de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales

(8) SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho administrativo*, Chile, 1996, t. 1, Apéndice 2: “La dignidad de la persona humana: noción y fundamentos”, págs. 72-79.

(9) Cabe aclarar que el art. 14 bis mencionaba, con anterioridad a la reforma de 1994, “condiciones dignas y equitativas de labor” y “el acceso a una vivienda digna” (el resaltado es nuestro).

(10) Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, párr. 1º y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º.

(11) Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, inc. 1º.

(12) También tutelan estos tratados constitucionales la dignidad humana en los diversos ámbitos en que se desenvuelve la vida en sociedad.

(13) Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Cons. 2º; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 2º.

(14) Cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 2º; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Cons. 2º.

(15) Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 1º; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párr. 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 1º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 1º; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Cons. 1º.

(16) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Paraná, Editorial Dictum, 2012, colección Doctrina, Cap. IV.

(17) “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias (...).” Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(18) CARL SCHMITT sostenía que la única fuente del derecho era la voluntad del Führer. El Führer era la única justicia. En el mismo sentido, CARLO COSTAMAGNA afirmaba que el Estado era una realidad colocada más allá del derecho que él mismo creaba y al que no quedaba sometido. Cfr. LLERENA AMADEO, JUAN RAFAEL; VENTURA, EDUARDO, *El orden político*, Buenos Aires, 1983, AZ, págs. 128-130.

(19) “‘Dignidad’ significa bondad en sí mismo, en cambio ‘utilidad’ significa bondad para otra cosa que uno mismo. El hombre es la única creatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico. La dignidad humana radica en la verdad sobre el hombre: su superioridad sobre todo lo creado, fundada en el fin para el cual ha sido creado. La realización del fin del hombre –en lo cual radica su felicidad– consiste en alcanzar en la máxima plenitud posible para él, el objeto al cual tienden las potencias superiores de su alma racional (inteligencia y voluntad), que le son propias y lo distinguen de los animales. El objeto del acto de la inteligencia –conocer– es la verdad. El objeto del acto de la voluntad –amar– es el bien”. Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y derecho...*, cit., Cap. III.

e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (el resaltado me pertenece).

En el mismo sentido de lo establecido en el art. 51, el Anteproyecto dice fundarse en “un paradigma no discriminatorio” (Punto I de los Fundamentos), pero su art. 19 lo desdice al establecer dos categorías de personas<sup>(20)</sup>, según el modo en que fueron concebidas: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

Si bien el art. 19 del Anteproyecto fue modificado por el Senado al sancionar el Proyecto y quedó reducido a la primera oración<sup>(21)</sup>, el art. 561 *in fine* no fue modificado, por lo que quedó en su texto el resabio de discriminación del Anteproyecto: “El consentimiento (en las técnicas de reproducción humana asistida) es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. En efecto, la revocación del consentimiento respecto de la transferencia de los embriones al seno de una mujer para ser gestados los deja librados a un destino incierto (en el mejor de los casos, a su congelamiento *sine die*<sup>(22)</sup>). Es de esperar que la jurisprudencia continúe dando muestras de sensatez al resolver los casos de revocación del consentimiento informado de los requirentes de las técnicas<sup>(23)</sup>.

Tampoco fue modificado por el Senado el art. 9º del Anteproyecto, que dispone como norma transitoria segunda de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Por otra parte, el Anteproyecto resulta incoherente con sus Fundamentos y discriminatorio respecto de la dignidad de la mujer –cosificada mediante estos “contratos”<sup>(24)</sup>– y de los embriones concebidos mediante las técnicas permitidas por el Capítulo 2 del Título V del Libro II al habilitar en el art. 562 la posibilidad de “alquiler de vientres”, también denominado “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución”. Este art. 562 ha sido suprimido por el Senado al sancionar el Proyecto.

Por último, la disposición del art. 563 del Anteproyecto niega el vínculo filial entre la persona nacida y la fallecida que hubiese donado sus gametos, salvo que al momento de prestar el consentimiento informado o por testamento la persona luego fallecida hubiese aceptado que sus gametos o los embriones producidos con sus gametos fuesen transferidos a la mujer después de su fallecimiento, o bien si la concepción en la mujer o implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso. Esta norma discriminatoria respecto de la persona concebida en forma natural fue eliminada por el Senado al sancionar el Proyecto.

### 3 Afectaciones a la dignidad

En el art. 52 el Anteproyecto protege los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen y a la identidad y, en general, a cualquier menoscabo en la dignidad personal, y remite para su tutela al Libro Tercero (“Derechos personales”), Título V (“Otras fuentes de las obligaciones”), Capítulo 1 (“Responsabilidad civil”).

Considero que las técnicas de fecundación extracorpórea “terapéutica” para terceros<sup>(25)</sup> –que no se encuentran prohibidas por la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, ni por el Proyecto bajo análisis sancionado por el Senado–, menoscaban la dignidad de los embriones concebidos “para” curar a una persona nacida que padece una enfermedad.

(20) SIRO DE MARTINI sostiene que el art. 19 del Anteproyecto crea tres categorías de seres humanos: personas, personas con derechos humanos disminuidos y seres humanos-no personas “protegidos”. Cfr. DE MARTINI, SIRO, Conferencia dictada en el Curso de Posgrado “Análisis Iusfilosófico y Bioético del Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Unificado 2012”, organizado por la Fundación Centro Cultural Universitario en convenio con la Universidad Católica de La Plata en 2014.

(21) El texto sancionado reza: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

(22) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y...*, cit.

(23) Cfr. PASTORE, ANALÍA G., *Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia* (nota a fallo “Perasso, Ana c/ Skou, Alan Christian s/ medidas precautorias”, CNCiv., sala J, 13-9-11), en ED, 245-50.

(24) MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y...*, cit., Caps. IV y VI.

(25) Cfr. jurisprudencia argentina sobre el tema en MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y...*, cit., Cap. V.

Por otra parte, cabe tener en cuenta el menoscabo a la dignidad de los embriones sometidos a Diagnóstico Genético Preimplantacional<sup>(26)</sup> y Prenatal<sup>(27)</sup>, y a investigación y experimentaciones<sup>(28)</sup>.

En el supuesto de selección embrionaria mediante Diagnóstico Genético Preimplantacional<sup>(29)</sup> se configura una discriminación entre los embriones basada en razones genéticas y eugenéticas<sup>(30)</sup>. Esta discriminación eugenética<sup>(31)</sup>, que violenta la dignidad de los embriones, además de lesionar el derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>(32)</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño, configura acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592<sup>(33)</sup>.

Por último, cabe mostrar la discriminación que suponen las prohibiciones establecidas por los arts. 577 (régimen de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial), 582 *in fine* (reglas generales de las acciones de reclamación de filiación), 588 *in fine* (régimen de impugnación de la maternidad) y 589 *in fine* (régimen de la filiación presumida por la ley) respecto de las personas concebidas mediante “técnicas de fecundación artificial”<sup>(34)</sup>, en comparación con lo dispuesto para las personas concebidas en forma natural por el art. 583<sup>(35)</sup>. Todos estos artículos del Anteproyecto fueron sancionados sin modificaciones por el Senado.

(26) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862*, en ED 255-673.

(27) Cfr. LAFFERRIÈRE, JORGE N., *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente*, Buenos Aires, Educa, 2011.

(28) Cfr. QUINTANA, EDUARDO M., *Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012.

(29) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y...*, cit., Cap. III.

(30) Cfr. LAFFERRIÈRE, JORGE N., *Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina*, en ED, 244-945.

(31) Un resquicio eugenésico en nuestra legislación puede apreciarse en el art. 86, párr. 2º, inc. 2º del Código Penal, que establece el supuesto impune del aborto eugenésico, eugénico o racial, con la finalidad de evitar la propagación de la tara que presentaría un demente o idiota en su línea de descendencia, conforme puede leerse en la fundamentación de la Exposición de Motivos de la ley que introdujo este supuesto: “Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado” (Cfr. TALE, CAMILO, *La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos*, en ECrim., 29-9-06, nro. 11.598). Esto, además de ser claramente inconstitucional, viola la ley 23.592 antidiscriminatoria. Lamentablemente, se evidencia que las ideas de DARWIN, que ya se consideraban superadas por los dolorosos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, siguen teniendo adeptos en nuestro tiempo. Me refiero a quienes propugnan “eliminar” a los débiles y enfermos de la sociedad por considerarlos seres “inferiores” o “inútiles”. En *El Origen de las Especies* (publicado en 1859) DARWIN escribía: “Entre los animales salvajes, el débil es rápidamente eliminado, y de esta manera los que sobreviven exhiben un estado de salud cada vez más vigoroso”. “En cambio nosotros, las personas civilizadas, hacemos los mayores esfuerzos por evitar ese proceso de eliminación (y con ello propiciamos que el débil –físicamente o de entendimiento–, no sea eliminado) (...) Protegidas de esa manera, muchas personas débiles fueron capaces de propagar su linaje, pero nadie que haya prestado atención a la cría de animales domésticos dudaría de que esto (el cuidado y la salvación de los débiles) tiene que ser muy nocivo para la raza humana” (el subrayado me pertenece). DARWIN, CHARLES, *El Origen de las Especies*, 1ª ed., Barcelona, Edit. del Aguazul, 2003.

(32) Cfr. CHIESA, PEDRO JOSÉ MARÍA Y AQUINO, JORGE BENJAMÍN, *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*, en EDCrim., 252-1039.

(33) Esta ley 23.592, en su art. 1º, prohíbe los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad o caracteres físicos. Estas causales son meramente enunciativas (“a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente...”) y, en consecuencia, las que se fundan en razones genéticas quedarían comprendidas.

(34) Expresión utilizada por la Conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11.

(35) “Artículo 583.– Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

”Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los de-



Asimismo, las prohibiciones señaladas en el párrafo anterior son incoherentes respecto de lo dispuesto en el art. 587: “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código”.

#### 4 Consensos

Los Fundamentos del Anteproyecto dicen que “La amplia participación y discusión por parte de la doctrina permitió tener en cuenta todas las opiniones”, y que, por ello, el Anteproyecto tiene dos caracteres importantes: “a) La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad. b) En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por las impresiones personales de los integrantes, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina”.

Brevemente diré, respecto del punto a), que la Comisión redactora del Anteproyecto desoyó las conclusiones de las XXIII y XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>(36)</sup>, y respecto del punto b), reitero las afirmaciones de los párrafos precedentes, fundadas en las correspondientes disposiciones constitucionales.

#### 5 Conclusiones

Si bien considero valiosa la sistematización de los derechos personalísimos en el Proyecto sancionado por el Senado, hago votos para que la Cámara de Diputados revise las incoherencias y violaciones a la dignidad de las personas por nacer concebidas mediante técnicas artificiales.

**VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - FAMILIA - PATRIA POTESTAD - DERECHOS HUMANOS - CÓDIGOS - LLEYES - PDER LEGISLATIVO**

rechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial”.

(36) “Estado de familia: *De lege lata y ferenda*: La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”. “4) Filiación: *De lege lata y de lege ferenda*: la regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional”. “*De lege ferenda*: Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad”. “*De lege ferenda*: en caso de que se regularan las técnicas de fecundación artificial, debería constar de modo indubitable y explícito en todos los órdenes del derecho civil, la responsabilidad solidaria (no mancomunada) del médico o profesional interviniente en el proceso de fecundación”. Comisión 6: “Familia” de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 2011.

“*De lege data*. Primero (por mayoría): Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno. Segundo (por unanimidad): En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación. Tercero (por unanimidad): La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho. *De lege ferenda*. Cuarto (por unanimidad): Se propicia la reforma de la Ley N° 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos”. Comisión 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires, del 26 al 28 de septiembre de 2013.

a cajas de ahorro, no implicó por sí mismo, como tampoco interpretativamente, declarar ilícitas –o de ningún valor– las comisiones cobradas antes de esa fecha, toda vez que si se aceptara ello se estaría en presencia de una actuación retroactiva de la norma que está impedida por reglas y principios de orden superior.

2 – Si bien es cierto que la Comunicación “A” 5460 BCRA estableció, desde el 19-7-13, una prohibición relativa a lo que puede ser objeto de convención entre el banco y el cliente titular de una cuenta de ahorro (a partir de su aprobación no es dado convenir comisiones por operaciones en ventanilla), no lo es menos que esa prohibición solamente puede regular los efectos de los contratos de depósito bancario en cuenta de ahorro que tienen lugar a partir de su vigencia (tempus regit factum), pero no puede alcanzar a efectos anteriores ni, desde luego, a tenérselos por ilícitos por razón de esa prohibición sobreviniente. Ello es así ya que lo que puede ser materia de los contratos debe examinarse a la luz de la normativa en vigor en el momento de su celebración.

3 – La pretensión de la asociación de consumidores actora acerca de que la aprobación de la Comunicación “A” 5460 BCRA, que prohíbe el cobro de parte de los bancos de comisiones por operaciones efectuadas en ventanilla con relación a cajas de ahorro a partir del 19-7-13, resulte interpretativamente demostrativa de la ilicitud intrínseca de las sumas cobradas por el banco demandado en concepto de operaciones efectuadas por ventanilla antes de esa fecha es inadmisibles, pues no puede considerarse, tal como lo pretende la accionante, que el servicio de caja “por ventanilla” sea inherente a las cuentas de ahorro, ya que el servicio de caja puede ser prestado no solo por ventanilla con la atención personal de empleados bancarios, sino también por medio de otros canales como son la Internet (Home Banking), cajeros automáticos y terminales de autoservicio.

4 – La prohibición del cobro por parte de los bancos de comisiones por operaciones efectuadas en ventanilla con relación a cajas de ahorro, establecida por la Comunicación “A” 5460 BCRA, no se vincula a ninguna inherencia del “servicio de caja” prestado a las cuentas de ahorro con la atención personalizada por ventanilla, sino simplemente a una decisión de política bancaria, fundada en la protección de un grupo particular de clientes (las personas físicas) a partir de un momento dado. De ahí que, bajo el argumento de la “inherencia” del servicio de caja por ventanilla, no pueda inferirse ninguna intrínseca ilicitud de dichas comisiones, a contrario de lo pretendido por la asociación actora.

5 – Las comisiones por atención por ventanilla responden a un costo real, directo y demostrable (diferenciable del que irrogan otros canales de atención), y son por ello justificadas desde el punto de vista técnico y económico, por lo cual, si la Comunicación “A” 5460 BCRA las prohibió a partir del 19-7-13 con relación a las cuentas de ahorro de personas físicas, no fue por inexistencia de mayores costos bancarios que las justificaran sino por una decisión de política bancaria fundada en la protección de un grupo particular de clientes, lo que no predica de suyo, claramente, que su percepción anterior a esa fecha haya sido “incausada”. Todo esto lleva a considerar inadmisibles la pretensión de la asociación de consumidores actora de que la aprobación de dicha norma resulte interpretativamente demostrativa de la ilicitud intrínseca de las sumas cobradas por el banco demandado en concepto de operaciones efectuadas por ventanilla antes de la mencionada fecha.

6 – Puesto que, como la propia Corte Suprema ha explicado, el hecho de que los tribunales inferiores puedan apartarse fundadamente de sus precedentes es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudieran derivarse, una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna, y dado que la ley 24.240 no define cuál es el significado y alcance de la fórmula “beneficio de justicia gratuita” contenida en su art. 55, cabe concluir que, en el caso, los argumentos invocados por la Sala en los expedientes “Adecua” y “Proconsumer” son suficientes para fundar una decisión contraria a la adoptada por la Corte Suprema en las causas “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo” y “Cavaliere”. Por esto, por aplicación de la tesis restringida, que postula que dicho beneficio solamente exceptúa el pago de la tasa de justicia pero no exime el pago de las expensas del juicio, corresponde condenar a la asociación de consumidores vencida al pago de las costas devengadas en los trámites de primera y segunda instancia. R.C.

58.432 – CNCom., sala D, junio 3-2014. – Asociación ADUC c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a 3 de junio de 2014, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “Asociación ADUC c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario”, registro n° 12.685/2009, procedente del Juzgado N° 17 del fuero (Secretaría N° 33), donde está identificada como expediente N° 053525, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1°) La Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (en adelante ADUC), promovió la presente acción colectiva contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. para que se disponga, a favor de los clientes de este último, el cese del cobro de la “...comisión o cargo por movimientos en cajas de ahorro efectuados por ventanillas...” y la correspondiente restitución de cuanto pudiese haber cobrado por ese concepto, con más intereses, bajo la aserción de que su percepción implicó una modificación unilateral de las condiciones insertas en los pertinentes contratos bancarios y un incremento incausado e inconsulto o no informado, al par que violatorio del régimen de la ley 24.240 y de diversas reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina (fs. 27/54).

El Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. resistió la pretensión oponiendo las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción, y argumentando, en cuanto al fondo del asunto, que la aplicación y cobro del concepto objetado por la ADUC se basó en lo autorizado en tal sentido por normas del Banco Central de la República Argentina, fue consentido por los clientes bancarios y cada aumento de su monto fue oportunamente comunicado a ellos, no pudiendo haber lugar, por ende, a restitución alguna como la pretendida (fs. 223/250).

El juez de primera instancia rechazó, en previo y especial pronunciamiento, las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción (fs. 289/297), decisión que más tarde fue confirmada por esta Sala (fs. 323).

Habiéndose producido la prueba que ofrecieron las partes y alegado ambas, se dictó la sentencia definitiva que obra a fs. 609/619, por la cual se rechazó la demanda, con costas a la asociación actora.

Contra este último pronunciamiento apeló ADUC (fs. 625), presentando el memorial de agravios de fs. 641/651, cuyo traslado de ley resistió el banco demandado a fs. 653/666.

La fiscal subrogante ante la Cámara dictaminó a fs. 666/669 proponiendo confirmar el rechazo de la demanda.

2°) Los agravios de la ADUC pueden resumirse así: (I) el juez a quo confundió el objeto del litigio, pues dictó sentencia refiriendo que el concepto cuestionado era el cobro hecho por el banco demandado de comisiones “por mantenimiento de cuenta”, cuando en realidad se trata de la impugnación de las comisiones percibidas por movimientos en caja de ahorro efectuados por ventanilla; (II) para resolver debe tenerse en cuenta la Comunicación “A” 5460 BCRA que, por una parte, estableció los requisitos a los cuales debe sujetarse la aplicación de comisiones y/o cargos por servicios bancarios utilizados por los usuarios y que, por otro lado, expresamente prohibió la aplicación de comisiones a las operaciones efectuadas por ventanilla realizados por usuarios que sean personas físicas; (III) para resolver también deben ponderarse los antecedentes de dicha Comunicación “A” 5460 BCRA, entre los cuales la apelante cita la ley 26.590, que introdujo modificaciones al art. 124 de la ley de contrato de trabajo n° 20.744; (IV) el dictado de la Comunicación “A” 5460 BCRA y la prohibición en ella dispuesta referente al cobro de comisiones por operaciones efectuadas por ventanilla, vino a confirmar y demostrar la ilicitud intrínseca de ese concepto, así como que jamás podría tenerse por lícito, toda vez que los “movimientos de caja”

#### JURISPRUDENCIA

### Entidades Financieras:

Comisiones por operaciones en ventanilla: licitud intrínseca; cobro; prohibición; Comunicación “A” 5460 BCRA; aplicación temporal.

**Derechos del Consumidor:** Acción colectiva promovida por una asociación de consumidores: beneficio de justicia gratuita; aplicación; alcances.

1 – La aprobación de Comunicación “A” 5460 BCRA que impidió, a partir del 19-7-13, el cobro por los bancos de comisiones por operaciones efectuadas en ventanilla con relación