

¿Derecho constitucional a la reparación?

Oscar Raúl PUCCINELLI(*)

1. Marco Conceptual.

Constituye tal vez una verdad de Perogrullo que el plexo inicial de los derechos fundamentales estuvo limitado a unos pocos, a los cuales gradualmente se incorporaron otros no originalmente, en una evolución normativa que luego fue distinguida -conceptual y temporalmente- en tres generaciones de derechos.

En el lento transcurso de este proceso, muchos implícitos se explicitaron; algunos primitivamente consagrados se subdividieron y definieron más precisamente sus contornos, mientras otros se extendieron de forma tal que comenzaron a cubrir supuestos que antes no comprendían, incluso confundiendo entre sí.

Un buen ejemplo de ello parte de los derechos a la privacidad, el honor y la imagen -tan estrechamente vinculados que de ordinario son regulados conjuntamente-, cuya delimitación se complica tanto por esa ligazón que alimenta confusiones conceptuales entre ellos (1), como por las superposiciones originadas en recientes extensiones doctrinales del derecho a la identidad, especialmente porque en alguna versión la identidad no se agotaría en atributos tales como el nombre, la nacionalidad o el estado civil, sino que también se extendería a la imagen pública y los propios proyectos de vida

(*) Profesor de Derecho Constitucional I y II en la Facultad de Derecho de la U.N.R.; Profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, dependiente de la P.U.C.A.
Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Notarial Argentina (Buenos Aires)

(1) Muchas veces el derecho a la imagen se ha confundido con el derecho a la reputación (aspecto externo del derecho al honor). Sagüés explica que la expresión "derecho a la propia imagen" se utiliza con varios sentidos: uno de ellos, inferido del derecho a la intimidad, lo vincula con la imagen que una persona tiene derecho a conservar en su vida privada, que implica el derecho a que esa imagen no sea difundida sin su autorización. La segunda versión refiere al honor, es decir a las expresiones que puedan dañar la imagen, concepto social o reputación que se tiene de una persona. Una tercera vertiente reconoce a cada persona la facultad de vestirse o arreglarse como le parezca, respetando naturalmente a los demás y a la moral pública. Como se habrá advertido, las tres manifestaciones del derecho a la imagen se entremezclan con los contenidos atribuidos a la intimidad, el honor y la reputación, pero ello no debe extrañar, pues, como describe O'Callaghan, "el extremo relativo a que el derecho a la imagen es un subtipo del derecho a la intimidad, se manifiesta en la propia doctrina norteamericana y en la italiana, mientras que en el derecho español se separa la imagen y la intimidad, como derechos independientes, aún reconociendo las íntimas relaciones entre uno y otro y también con el honor".

(con lo que quedarían abarcados aspectos tales como la profesión, la reputación, las tendencias sexuales, etc. (2).

Pero no todos los derechos explicitados han obtenido el fin buscado con su regulación (es decir, su vigencia sociológica), especialmente por la dificultosa exigibilidad de algunos (v.g., los derechos a la paz y al desarrollo), hecho que ha ocasionado una suerte de inflación normativa que -si bien imbuída de las mejores intenciones-, provoca que algunos derechos fundamentales queden sólo en la letra de la norma, en lo que puede considerarse casi como una mera expresión de deseos.

Afortunadamente, este no es el caso del que rotulamos derechos a la reparación, porque si bien puede considerarse en la Constitución argentina como un derecho implícito extraíble de los art.33 y 75 inc.22 -aunque algunas previsiones, como los art.17 y 41, permiten considerarlo explícito por la referencia a algunos de sus aspectos-, se trata de uno de los más desarrollados en el campo del derecho privado (3).

Con el derecho en estudio, ocurre un fenómeno particular, puesto que tradicionalmente se lo entendía bien comprendido por el derecho a la seguridad o por el derecho de propiedad (es decir que cualquier perjuicio que comprometiese a ese derecho provocaba a su restablecimiento por vía de una compensación económica).

Las normas constitucionales decimonónicas aún vigentes, guardan generalmente silencio respecto del derecho a la reparación, excepto al referirse al derecho de propiedad, donde usualmente se alude a las indemnizaciones que deben abonarse cuando el estado recurre a la expropiación (v.g., art.17 de la Constitución argentina).

Las cartas y las reformas más recientes ocasionalmente reconocen el derecho a la indemnización de la víctima de un error judicial, e incluso incursionan en algunos aspectos puntuales del deber de responder por daños (v.g., el nuevo art. 41 de la Constitución argentina, que alude a la obligación del causante del daño ambiental, de recomponerlo).

Entre las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos, algunas prevén el derecho a ser indemnizado de manera expresa en la primera parte (relativa a los derechos protegidos), pero aludiendo solamente a los casos en que una persona ha sido ilegalmente detenida o presa; condenada en sentencia firme, por error judicial; o privada de sus bienes.

Entre las vigentes en la mayoría de los países latinoamericanos, en los art.9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art.10 de la Convención

- 2) Para Fernández Sessarego, el derecho a la identidad sería el conjunto de atributos y características psicosomáticas que individualizan a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo, y no otro; rasgos de la personalidad que se proyectan hacia afuera y permiten a los demás conocer a cierta persona en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto ser humano. Es la identidad dinámica, fluida, en proceso de cambio y enriquecimiento. O sea, el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos, la posición profesional, religiosa, ética, política y los rasgos psicológicos (Carlos Fernández SESSAREGO, *El derecho a la identidad personal*, "L.L.", 1990-D-1248).
- (3) Son entonces las normas infraconstitucionales las que se ocupan concretamente del tema, y en el derecho civil argentino lucen especialmente las disposiciones de los art. 43, 504, 505, 512, 513, 900 a 909, 1067 a 1074, 1077, 1078, 1081, 1082, 1109, 1111, 1112 y 1113 del Código Civil, que aluden a distintos supuestos de responsabilidad civil.

Americana sobre Derechos Humanos puede encontrarse la previsión referida a las víctimas del error judicial. En ambos casos, se encuentran reguladas luego de abordar las garantías judiciales, dirigidas especialmente al ámbito penal.

Al referirse a tales normas, explica Hitters que "estamos en presencia de la puesta en marcha del principio de responsabilidad del Estado por errores en la administración de justicia, que a su vez es consecuencia de un postulado más general derivado de los defectos en la actividad de los funcionarios públicos (...). No sabemos si los gestores del artículo 10 del Pacto de San José quisieron ampliar el espectro a todas las equivocaciones de los jueces, o si por un déficit de redacción, no dejaron constancia de que el precepto se aplicaría exclusivamente al campo penal" (4).

Además de estas disposiciones, que refieren a sólo uno de los supuestos de responsabilidad, suelen encontrarse otras referidas a las hipótesis de privación del derecho de propiedad (v.g., art.21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la indemnización justa), y también disposiciones que exigen la reparación de los daños ocasionados al bien jurídico que constituye el objeto central de protección de determinadas convenciones (v.g., art.6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y art. 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Por otro lado, en aquellos pactos en los que se instituyen tribunales supranacionales dotados de competencia para resolver casos concretos, se puede observar una regulación más precisa del derecho a la reparación en la parte orgánica, donde se suele reconocer el derecho de la parte lesionada a que se restablezca su derecho y a obtener la reparación del daño sufrido.

Así, el art.63 del Pacto citado, al diseñar la competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que cuando se encuentre que un Estado parte violó un derecho o libertad protegidos, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, disponiendo asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen 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. Finalmente, en el art.68, estipula que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedi-

(4) HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Bs.As, 1993, t. II, ps. 169 a 171.

miento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (5).

2. Conclusiones.

A partir de este diseño mínimo establecido en algunas normas internacionales relativas a los derechos humanos, y en las de rango constitucional que revistamos, nos preguntamos si las disposiciones que aluden al derecho a exigir una reparación están realizando una mera delimitación de algunos alcances de los derechos protegidos (especialmente por la disímil regulación o reconocimiento que pudiera existir en el orden interno de los estados); si se trata de una manifestación más del derecho -principio o valor- a la seguridad, o si bien están concretamente reconociendo un derecho humano distinto.

Entre los iuspublicistas, Bidart Campos explica -al tratar específicamente a las garantías como soporte de la seguridad jurídica- que hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja: a)

(5) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU):*

Art.9.- 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Art.14.- 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ONU):

Art.6.- Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o degradantes (ONU):

Art.14.- Todo Estado parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA):

Art.10.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Art.21.- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Art.63.- 1. Cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de estos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños graves e irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Art.68.- 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

impidiendo el ataque; b) restableciendo la situación anterior al ataque; c) procurando compensarle el daño sufrido; d) castigando al trasgresor, etc.

Sea entonces que el valor seguridad se considere ínsito en el valor justicia, o que se lo desglose independientemente, lo cierto es que todo orden de repartos -y su prescripción normativa consiguiente- debe definir, hacer previsible, y, en caso de infracción, sancionar las conductas humanas, de modo tal que la convivencia social y política sea susceptible de estabilidad y perdurabilidad. En suma, significa que cada hombre dispondrá de la potencia suficiente para desarrollar su personalidad, disponer de su libertad y de sus bienes, ejercer sus derechos y reparar las lesiones que padezca injustamente.

Consecuentemente, y a criterio del autor citado, la reparación de los perjuicios significa una prolongación de la seguridad jurídica, y no un derecho humano autónomo, situación que se verifica igualmente en el resto de la doctrina argentina, probablemente también porque: a) dentro del plexo de derechos que tutelan los instrumentos internacionales y las constituciones, existen escasas disposiciones que aludan al derecho a obtener resarcimiento; b) suele ser entendido como una lógica consecuencia de la violación de un derecho consagrado, y c) se trataría de un desprendimiento conceptual del derecho a la seguridad y del valor justicia.

En nuestro criterio, la clave para resolver esta cuestión podría encontrarse en el art.68 del Pacto de San José de Costa Rica, que está garantizando la reparación de todos los derechos contenidos, a través de una indemnización ejecutable en sede interna, porque su clara concepción lleva a considerar la existencia concreta de un derecho a la reparación (sin cerrar, necesariamente, la perspectiva de entenderlo como una forma de garantía de los derechos más que como un derecho en sí, ni la de conceptuarlo como una forma de concreción del derecho a la seguridad, como tal vez ocurra con el derecho a la salud respecto del derecho a la vida).

El proceso de constitucionalización de los derechos es un camino que ha sido abierto no sólo por los iuspublicistas, sino también -y fundamentalmente-, por el desarrollo del derecho privado, el cual ha llevado a elevar al rango de derechos fundamentales una importante cantidad de derechos (v.g., el denominado "derecho de réplica", que fue tratado con mayor fuerza por iusprivatistas y ha llegado en muchos países a convertirse en una garantía constitucional del derecho al honor; los derechos del consumidor y del usuario incorporados en el art.42 de la Constitución nacional, etc.).

Es tal el afianzamiento y profundización de las relaciones entre el derecho público y el privado, que algunos autores de prestigio ya han comenzado a hablar de una nueva rama del derecho: "el derecho privado constitucional" (Mosset Iturraspe), que se ocuparía de las normas de nivel supra legal que diseñan (desde lo explícito y desde lo implícito) las

pautas mínimas a las que deben ser ajustadas las normas infraconstitucionales.

Finalmente, aclaramos que al aludir al derecho en estudio preferimos utilizar el término reparación, en vez de indemnización o resarcimiento, porque -si bien ordinariamente suelen ser utilizadas como sinónimos- nos parece conceptualmente más apropiada, porque como explica Mosset Iturraspe, el término indemnización es usualmente asociado a un deber de responder más limitado, como ocurre en el caso de las expropiaciones.

Tal vez en esta línea, explica Cifuentes que entre las diversas formas de reparación, hay algunas muy acomodadas a la índole del daño en los derechos personalísimos, que tienen la condición de ser en especie o que la tienen de ser por el equivalente no dinerario. Las primeras, como la retractación del acusado, la publicidad de la sentencia, la rectificación o respuesta, tienen una misión compensadora, pero en general se condensan en el caso de daños a los derechos de la integridad espiritual, siendo improbables en el caso de daños a la integridad psíquica y orgánica. En cuanto a las segundas, de muy difícil concreción en esta gama de derechos, podrían pensarse desde el punto de vista de una dación que reemplace el pecunio, pero que sea equivalente, como hacerse cargo de una atención médica durante un tiempo, bien de un entretenimiento satisfactorio o del socorro a la necesidad que llená el espíritu de tranquilidad y complacencia.

También preferimos abordarlo así, en vez de tratar a la responsabilidad como un deber, pues el término responsabilidad -como apuntara Nino- tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje corriente, como en el de los juristas (v.g., responsabilidad como obligaciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc.; como sentido de factor causal; como capacidad y estado mental; como punibilidad o reprochabilidad moral, etc.), y consecuentemente puede llevar a equívocos.