



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL DE LA ACADEMIA NACIONAL DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ESTUDIOS DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Obra en homenaje al Académico  
Dr. Santos Cifuentes

Rubén H. Compagnucci de Caso - Noemí Lidia Nicolau - José  
W. Tobías - José M. Orelle - Zulema Wilde - Lidia Beatriz  
Hernández - Andrés Sánchez Herrero - Delia Lipszyc y Carlos  
A. Villalba - Manuel Cobas - Ana María Conde - Carlos A. Calvo  
Costa - Juan Carlos Hariri - Mariano Gagliardo - Luis F. P. Leiva  
Fernández

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

---

**IMPRESO EN LA ARGENTINA**

La Ley Sociedad Anónima

Tucumán 1471

C.Pág. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Argentina

Tel.: (005411) 4378-4841

# PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

## SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 56.

## SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III - COMUNICACIONES

*Comunicaciones - N° 1.*

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.- *Código Civil y Comercial.*
- 17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.- *Estudios de Derecho Civil.*

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal - Año 2016.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

## INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

**Secretarios**

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**Tesorero**

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

**Director Honorario**

*Académico Dr. Jaime L. Anaya*

**Director de Publicaciones**

*Académico Dr. Gregorio Badeni*

**Vocales**

*Académico Dr. José W. Tobías*

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*



ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. José O. Casás	Lisandro Segovia	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos	13 septiembre 2018
------------------	--------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavala	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Juan M. Garro
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan Álvarez	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dra. Margarita Argúas	Dr. Roberto Guyer
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Hilario Largaúa
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Ricardo Levene
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Mario Justo López
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Francisco Canale	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma
Dr. Horacio P. Fargosi	Dr. Julio César Otaegui
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Lino E. Palacio

Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)  
Dr. Alejandro Ruzo

Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Félix A. Trigo Represas  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



# SUMARIO

---

## DOCTRINA

---

Homenaje POR JOSÉ W. TOBÍAS .....	17
Los derechos personalísimos y sus principales caracteres POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO .....	19
El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos POR NOEMÍ LIDIA NICOLAU .....	33
La <i>dignitas</i> : principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísimos. Límite a la disponibilidad de los dere- chos personalísimos POR JOSÉ W. TOBÍAS .....	77
Derechos personalísimos y preconstitución de prueba POR JOSÉ M. ORELLE .....	103
Los derechos personalísimos y los adultos mayores POR ZULEMA WILDE .....	123
Los derechos personalísimos en las instituciones sucesorias POR LIDIA BEATRIZ HERNÁNDEZ .....	145
Los derechos de propiedad intelectual y los derechos personalí- simos POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO .....	177
Los derechos de la personalidad del autor de una obra POR DELIA LIPSZYC Y CARLOS A. VILLALBA .....	201
El derecho de morir POR MANUEL COBAS .....	219

Derecho a la salud. Derechos a la salud sexual y reproductiva de niños y adolescentes POR ANA MARÍA CONDE.....	227
Las directivas anticipadas. Su aplicación en la Argentina POR CARLOS A. CALVO COSTA .....	247
Derecho a la intimidad POR JUAN CARLOS HARIRI.....	261
Acusación calumniosa y afrenta al honor POR MARIANO GAGLIARDO .....	271
La personalidad pretérita (no es lo mismo estar muerto que no haber vivido) POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ.....	281



# HOMENAJE

POR JOSÉ W. TOBÍAS

Por decisión de todos sus miembros, el Instituto de Derecho Civil resolvió que la actividad académica del año 2018 se realizara en homenaje a quien fue su director desde el año 2004 hasta su fallecimiento, ocurrido en octubre de 2016.

No resultó ciertamente difícil la elección del tema sobre el que versarían los estudios: es que la influencia de Cifuentes en la instalación del tema de los “Derechos personalísimos” en nuestro país ha sido —como es notorio— superlativa y trascendente.

Fue su materia más destacada —él mismo le atribuye esa importancia en la obra a la que me refiero más adelante— cuyo estudio inició con su tesis doctoral en la Facultad de Derecho en 1970, que fue calificada con sobresaliente.

La primera edición de la obra *Los derechos personalísimos* es de 1974 y la imprimió la Editorial Lerner. Destaca Guillermo A. Borda en el prólogo que un tema “... tan vasto y apasionante no había atraído todavía, en la medida que lo merecía, la atención de nuestros juristas...” y que el libro “... viene a llenar ese vacío. Y lo ha llenado con honor...” Defiende allí Cifuentes su naturaleza de verdaderos derechos subjetivos, contrariando la opinión del ilustre Alfredo Orgaz quien, en su obra *Personas individuales* —en la primera sistematización seria del tema— les había negado esa calidad y defendido la tesis de que se trataba de bienes jurídicos protegidos.

Cuenta el aquí homenajeado en una publicación, que constituye una conmovedora recordación de hechos y acontecimientos de su existencia (la denominó *Evocaciones de mi vida* —año 2009—), que el personero de la editorial, Sr. Lerner, conocía al Dr. Orgaz y le remitió el original de su trabajo.

Agrega que el jurista cordobés le contestó con una carta —afirma que la guarda como “algo sagrado”— exponiéndole sus diferencias de criterio, a la que contestó defendiendo sus opiniones y resaltando que eran “visceralles los argumentos que buscaban irradiar soluciones que extendieran los medios de protección de la persona”.

Lo cierto es que se sucedió la segunda edición por la editorial Astrea en 1995 y luego la tercera por la misma editorial en el año 2008, con más de 800 páginas (me tocó comentarla para la *Revista La Ley*). En las *Evocaciones de mi vida* antes citadas, dice el autor refiriéndose a la tercera edición: “.. Y se me dice que probablemente pueda servir para presentar un proyecto de ley al respecto (...) No lo creo, pero vale la pena hacerse la ilusión y pensar que es asidero y que me justificaría como profesional...”.

Es importante decir, a propósito de esas expresiones, que no solo la doctrina nacional recogió la tesis de que se estaba en presencia de verdaderos derechos subjetivos y bregó con insistencia por una regulación integral —manifestaciones de ello fueron los Proyectos del Ejecutivo de 1993 (arts. 110 a 125) y de 1998 (arts. 105 a 116)— sino que, finalmente (45 años después de su tesis doctoral), aquella ilusión fue recogida por el nuevo Código Civil y Comercial en una de sus novedades más relevantes: la regulación ordenada y sistemática de los *Derechos y actos personalísimos* (Libro I - capítulo 3).

Los estudios que conforman esta publicación abordan diversos aspectos de los derechos personalísimos (en algunos casos, según creo, de derechos muy cercanos o con múltiples contactos con ellos) y han sido realizados en homenaje al jurista argentino que los estudió y promovió a lo largo de su vida. ◆

# LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y SUS PRINCIPALES CARACTERES

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

Sumario: I. Nociones generales. - II. Breve evolución.- III. Controversia sobre su naturaleza.- IV. Postura negativa.- V. Corriente positiva.- VI. Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional.- VII. Caracteres de los derechos personalísimos.- VIII. Exteriorizaciones y casos.- IX. Los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial.

## I. Nociones generales

El derecho es una creación cultural cuyo fundamento se asienta en la existencia del ser humano. El hombre en sentido genérico es quien resulta el destinatario y objetivo principal del derecho, sea este público o privado. Son tantas las definiciones que se han dado sobre el concepto del derecho que complican la visión del intérprete y dificulta la ubicuidad precisa. Así el egregio jurista español, don José Castán Tobeñas, señala que “Derecho” va unido a la idea de rectitud y justicia, que se contrapone a “tuerto o torcido”, tal como se opone lo justo a lo injusto, lo legítimo a lo ilegítimo, lo racional a lo irracional, etcétera (1).

---

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 12ª ed. revisada y puesta al día por José L. de los Mozos, Reus, Madrid, 1978, t. I, vol. I, ps. 48 y ss.; DE CASTRO, Federico, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid 1984, ps. 11 y ss.; BARASSI, Ludovico, *Instituciones de derecho civil*, trad. Ramón García de Haro, Bosch, Barcelona 1955, vol. I, p. 3, considera al derecho como una regla de conducta impuesta a los individuos por un poder central superior, con el fin de asegurar el desarrollo de las relaciones y la tutela de los intereses. CAPITANT, Henri, *Introduction a l'etude du droit civil*, 5ª. ed., Pedone, París, 1927, p. 23.

En atención a ello es importante marcar que la persona es el centro de la vida jurídica, de lo que muy especialmente se ocupa y toma en cuenta el derecho civil. Por dicha razón es dable señalar que en los últimos tiempos el enfoque fue variando desde la protección a los bienes que tenía la persona fuera de sí, a los de pertenencia dentro del propio sujeto, es decir, a los internos que también deben ser garantizados por la ley (2).

En general se sostiene que hay bienes estrictamente personales, como son la vida, el honor, la intimidad, la imagen, el nombre, etc.; otros que se conocen como “patrimoniales” en los que predomina lo económico y de alguna manera rodean a la persona (entre ellos se encuentran los derechos personales y los derechos reales); a los que suman los de contenido familiar o bienes de familia, que ubican al sujeto en la sociedad en que vive y se desarrolla (3).

Aparecen con relevancia mayúscula los primeros, es decir, los derechos personalísimos o también llamados bienes de la persona. Estos se definen como “aquellos que hacen al reconocimiento y respeto de la personalidad humana y su dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual” (4). O bien los que “... son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado. Así por ejemplo el derecho a la vida, al honor, a la libertad y a la integridad física” (5).

Como bien enseña Galgano, estos derechos se consideran independientes de todo otro derecho objetivo, son los derechos del hombre que se les reconoce y garantiza. La diferencia, según el distinguido autor, de

---

(2) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 107 y ss.; del mismo autor: “Bases para una teoría de los derechos personalísimos”, en AMEAL, Oscar (dir.) - GESUALDI, Dora M. (ccord), *Derecho privado* (Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 297; TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, t. I, p. 107; BIANCA, Massimo, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002, t. I, ps. 139 y ss.

(3) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 5ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 23, nro. 13; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 288, roo. 271; ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl, “Derecho civil. Parte general”, en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLF, Martin, *Tratado de derecho civil*, 2ª ed., trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1953, t. I, vol. I, p. 300, nro. 71.

(4) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 288, nro. 271.

(5) LVALLE COBO, Jorge, “Comentario al art. 51”, en BUERES, Alberto J. (dir.), COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. (coord.), en *C digo Civil y Comercial, y leyes complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I-A, p. 378; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 301, nro. 310.

cualquier otro derecho subjetivo, radica en los cambios del ordenamiento jurídico que muta en el tiempo y en el espacio y conforme al sistema político y social (6).

## II. Breve evolución

Resulta importante saber que, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, se produjo una importante disputa sobre si debían ser admitidos como categoría jurídica autónoma los derechos personalísimos, es decir aquellos que recaen y tienen como objetivo la propia persona.

Dando virtualidad y fuerza al actual pensamiento resulta relevante el desarrollo que, en el derecho germano, hace el célebre Bernardo Windscheid, al exponer: "... de igual manera que la voluntad del titular es declarada decisiva para una cosa en el orden jurídico cuando éste concede un derecho real, así es decisiva también en cuanto a su propia persona, ya en lo que se refiere a su existencia física, ya en cuanto a su existencia psíquica. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas y otras, no implicando una acción sobre personas o cosas ajenas, representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales..." (7).

En el devenir histórico fue en el derecho público donde los derechos de la persona tuvieron un amplio y mayor desarrollo que en el derecho privado. Como bien señala Espín Canovas, así se lo encuentra en las declaraciones de derechos de carácter político, más luego en las Constituciones modernas, en el derecho penal, etc. En cambio, en los Códigos Civiles del siglo XIX, como el francés, el italiano de 1865, o el español de 1881, no aparecen normas de protección a las personas. El distinguido autor citado da como ejemplo de excepción al Código Civil Portugués de 1867, el que al tomar en cuenta principios del "ius naturalismo", y algunos derechos originarios, tiene en consideración los derechos de: existencia de la persona, libertad, asociación, apropiación, y defensa (8).

La situación comienza a cambiar con la sanción del Código Civil alemán en el año 1900, en la regulación dispuesta en el parágrafo 823, sobre la protección de la personalidad. Cuestión que se reitera en el Código Federal Suizo en el art. 28, apart. 1º, que dispone: "Cellui qui subit une atteinte

(6) GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 7ª ed., Cedam, Padova, 1992, p. 84.

(7) WINSCHIED, Bernard, *Diritto delle Pandette*, trad. a la edición italiana de Carlo Fadda y Paolo Bensa, Unione Tipografico Editrice da Torino, Torino 1904, t. I, p. 177, nro. 40.

(8) DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. de la 4ª ed. italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, s/f., t. I, ps. 223 y ss.

illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser” (Todo el que sufre un atentado ilícito a sus intereses personales puede reclamar al juez que lo haga cesar). Y en el *Codice Civile* italiano de 1942, en los arts. 5° a 10, lugar donde se protege a la persona en las disposiciones del propio cuerpo, el derecho al nombre y la imagen (9).

Es de cierta complejidad determinar a qué derechos se mencionan cuando se refieren: a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas, o físicas y otros. Son, como bien dice De Ruggiero, poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales; y ello se aplica a los derechos sobre el propio cuerpo, sobre el nombre, la imagen y disponer de la propia vida, etcétera (10).

### III. Controversia sobre su naturaleza

Desde que comenzara a hablarse sobre esta tipología especial de derechos se inició una controvertida cuestión sobre su naturaleza jurídica y contenido ontológico. Se pueden distinguir dos posiciones de oposición frontal; una que niega el carácter a los derechos personalísimos, y otra que reafirma su esencia y contenido dentro del terreno de los derechos subjetivos.

### IV. Postura negativa

Una corriente de opinión niega que se esté en presencia de verdaderos derechos subjetivos, ya que estos requieren siempre un titular activo y como contrapartida un sujeto pasivo. Es un buen ejemplo la relación jurídica de obligación, donde el acreedor se ubica en una parte con poder y derecho consiguiente, y el deudor en el extremo de deber y obligado a cumplir (11).

---

(9) ESPÍN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español. Parte general*, 6ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, t. I, p. 354.

(10) DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, p. 226. DE CASTRO, Federico, “Los bienes de la personalidad”, en *Temas de derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1972, ps. 8 y ss.; ENNECERUS, Ludwig - NIPPERDEY, HANS, Carl, “Derecho civil. Parte general”, cit., t. I, vol. I, ps. 300 y ss.; BIGLIAZZI GERI, Lina - BRECCIA, Umberto - BUSNELLI, Francesco - NATOLI, Ugo, *Diritto Civile. Norme soggetti e rapporto giuridico*, UTET, Torino, 1997, t. I, p. 298.

(11) MELÓN INFANTE, Fernando, *Teoría general de la relación jurídica obligatoria*, Plaza Universitaria, Madrid 1987, ps. 41 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Obligación y responsabilidad”, en *Revista Notarial*, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nro. 853, p. 2107; GIORGIANNI, Michele, *La obligación. La parte general de las obligaciones*, trad. de Evelio Verdura y Tuells, Bosch, Madrid, 1958, p. 19.

A más, como bien señala Borda, todo derecho requiere un “objeto” sobre el cual recae. En el caso de los derechos personalísimos la base de sustento estaría dada en el propio sujeto, lo cual impide alejarlo e independizarlo de la misma persona. La vida, el honor, el nombre, la libertad, la integridad física, no ingresan en la categoría señalada (12).

Por su parte, De Ruggiero suma, a las observaciones indicadas, que existe una gran disparidad entre los autores en cuanto a si resultan o no admisibles los derechos sobre la propia persona. Todo lo cual ha generado una importante controversia ente los escritores.

Es que los derechos que ingresan como de la personalidad reciben las objeciones de que “ni las fuerzas físicas ni las psíquicas o intelectuales, como las multiformes de la actividad humana, pueden ser apartadas del ser de quién proceden, y presentarse como entidades independientes y partes separadas de las personas...”. Es que el hombre tiene la cualidad de un ser orgánico y no puede descomponerse en diferentes elementos (13).

Además de ello se señala que pretender —como ya se indicó— presentar a la persona misma como “objeto de un derecho subjetivo”, lleva a chocar contra una dificultad insuperable: el sujeto pasa a cumplir dos funciones incompatibles y contradictorias. Por un lado, ser sujeto de derechos (cuestión natural y no impugnada), y por el otro, la de constituir objeto de derechos (tema inaceptable). Ello se muestra complejo y pleno de dificultades, que lleva inexorablemente a negar la vigencia de esta clase de derechos (14).

Entre las ideas que desaprueban el carácter autónomo de este tipo de derechos, se distingue la siempre valiosa opinión de Alfredo Orgaz. Este distinguido jurista considera que no es posible reconocer un verdadero derecho a los bienes extrapatrimoniales personales que integran el dere-

---

(12) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 302, nro. 310; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 23, nro. 13.

(13) DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, ps. 224/225.

(14) El tema, de evidente complejidad, nos lleva a la intrincada cuestión de determinar si la persona tiene o no un derecho de propiedad sobre su propio cuerpo. De allí el interrogante de si el hombre puede disponer de ello, de su vida, o actividad física. La consecuencia sería el derecho al suicidio, o la automutilación, la venta de órganos, o destrucción del feto, o partes viscerales. Es decir, solamente las normas pueden decidir esta delicada cuestión. Así aparecen los principios de la moral, las costumbres, el orden público y el dilema al interrogante de si: “puede alguien por su propia voluntad constituirse en esclavo de otro?”. La cuestión la dirime el art. 56 del nuevo Código Civil y Comercial, con una prohibición genérica y excepciones previstas. Ver: LAVALLE COBO, Jorge, “Comentario al art. 56”, en BUERES, Alberto J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, cit., t. I-A, p. 409.

cho a la vida, a la integridad personal, a la salud, al nombre, a la libertad, al honor, etcétera (15).

Señala que existe una gran divergencia doctrinaria con respecto al contenido de esta categoría de derechos, pues se discute si son derechos privados o encuadran en el derecho público, o bien con relación a algunos de ellos como los referidos al cuerpo o el nombre si integran el derecho de propiedad. Aclarando que en general se los ubica como “derechos sui géneris”, o de carácter especial.

Orgaz, es muy preciso en la consideración conceptual de los derechos subjetivos, ya que entiende que esta es una “facultad concedida por el derecho objetivo, de cuyo ejercicio el titular es el árbitro, y a la vez que un deber específico —genérico o particular— de los demás sujetos. Por ello considera que en los derechos: a la vida, a la integridad corporal, al honor, no existe una verdadera facultad concedida a favor de las personas, sino que el derecho subjetivo surge después de una lesión inferida por otro sujeto a dichos bienes” (16).

## V. Corriente positiva

Otros autores han defendido la autonomía de los derechos personalísimos otorgándoles la jerarquía que les corresponde y considerándolos como verdaderos derechos subjetivos.

Como indica el distinguido jurista español don José Castán Tobeñas: “la persona individual tiene una esfera de poder jurídico. El derecho existe por causa del hombre y es este el sujeto primario e indefectible del derecho privado...” Aclara que “Los bienes de la persona que obtienen su protección, ya por la vía de los efectos reflejos del Derecho objetivo, o bien por la concesión de verdaderos derechos subjetivos, pueden ser de distinta naturaleza. Se trate de ‘bienes personales’, tales la vida, el nombre, el honor, la dignidad, etc.; o los que se desenvuelven en la órbita de lo estrictamente económico que rodea a la persona, y los familiares y sociales que representan el poder de la misma persona” (17).

---

(15) ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 128.

(16) ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, cit., ps. 129 y 130. Sostiene que estos derechos no se caracterizan como un derecho a la vida, o a la integridad, sino que se limita a obtener una condenación penal o civil del ofensor. Si se castigan las lesiones personales no se establece un derecho a la integridad personal sino una prohibición concreta a lesionar la persona ajena.

(17) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, cit., t. I, vol. I, ps. 335/336.



El profesor De Castro, ya citado, define a estos derechos de la personalidad con visión subjetiva como aquellos que “conceden un poder a las personas a fin de proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”; o bien en la opinión de Adriano De Cupis, son esos derechos que, a diferencia de los patrimoniales, garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad” (18).

Por su parte, el Dr. Santos Cifuentes, quien se ocupara con enjundia y precisión sobre la temática, enseña que la construcción de los principios que organiza la teoría de los derechos personalísimos se apoyan en el ser humano como centro del problema, y no en la sociedad donde se desarrolla. Con este presupuesto no debe depreciarse —dice— los derechos subjetivos o derechos de los sujetos, como posibilidades puestas a su servicio o titularidad de goce y reacción tutelar (19).

Para Rivera, los derechos personalísimos “... constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral...”. Al estudiar con profundidad su naturaleza reafirma sus convicciones, basadas fundamentalmente en que dicho carácter identifica a la sociedad que pretende reconocer al individuo como sujeto, “primero y último, de ella misma y de derecho” (20).

En varias jornadas de derecho civil el tema mereció la atención de relevantes juristas y se expidieron importantes dictámenes. Por ejemplo, en las 2das. Jornadas Provinciales de derecho civil, celebradas en Mercedes (prov. de Bs. As.), en la Comisión 1, se recomendó incorporar a la legislación un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos, entendiéndose que se trata de verdaderos derechos subjetivos.

También en el IV Congreso de Derecho civil celebrado en Córdoba en el año 1969, fue la Comisión 2 la encargada de atender el tema referido a: “Los derechos de la personalidad y su protección”, habiéndose aconsejado considerar a este tipo de derechos como “preexistentes a su concreción en

---

(18) DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano 1950, p. 32; VAN TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. de Tito Rava, prólogo de Tullio Ascarelli, Depalma, Buenos Aires, 1946, t. I, p. 186, nro. 149. Enseña que “Los bienes que el orden jurídico protege no son únicamente cosas, personas o productos de la invención, sino que cuenta también, y, en primer término, la persona misma del sujeto..., el cuerpo, la vida, la libertad, el honor”.

(19) CIFUENTES, Santos, “Bases para una teoría de los derechos personalísimos”, cit., p. 297; del mismo autor: *Derechos personalísimos*, cit., p. 148, nro. 20.

(20) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 22.

las normas específicas, ya que se encuentran amparados por la Constitución Nacional, y constituyen presupuestos lógicos de la personalidad". En el despacho en minoría se produjo la siguiente recomendación: "Es necesario que se incluyan en el Código civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto de la personalidad humana" (21).

## VI. Los derechos personalísimos y la Constitución Nacional

La principal fuente de los derechos del hombre se encuentra en la Constitución Nacional, que si bien no ha sido tradicionalmente un lugar donde se recurre ordinariamente, resulta evidentemente la base del sistema jurídico.

El distinguido profesor italiano Guido Alpa, y de esto hace ya un tiempo, entiende que aun en los países donde los Códigos Civiles son antiguos, el principio de la intangibilidad de la persona humana y los aspectos derivados de su personalidad se encuentran disciplinados en la Constitución Nacional. Y aclara: "Eleva a la dignidad constitucional los aspectos de la constitucionalidad, es una conquista reciente y surge de los valores fundamentales de los ordenamientos democráticos..." (22).

Por su parte y entre nuestros autores, la Dra. Kemelmajer de Carlucci afirma que el derecho en su evolución considera siempre a la persona humana. El hombre es el centro del universo y por ello se integra con el mundo del derecho. En este tema existe una especie de acuerdo sobre el enfoque sistémico y una tendencia a la publicitación del derecho privado, y por ello la Constitución impone una nueva lectura (23).

La Constitución Nacional de 1853, aun con las modificaciones de los años 1860 y 1994, contiene en su seno principios y reglas que dan cuenta de una notoria protección a los derechos personalísimos. De ese modo aparecen en el art. 14: el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, navegar, comerciar, peticionar a las autoridades, circular por el territorio, publicar

---

(21) 4° Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1969, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho civil "Hénoc Aguiar", t. II, ps. 828 y ss.; Primeras Jornadas Provinciales de Derecho civil, Mercedes (prov. de Buenos Aires,), Declaración del Despacho aprobado por la Comisión 1.

(22) ALPA, Guido, "I principi generali", en IUDICA, G. - ZATTI, Paolo, *Tratatto de diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 187.

(23) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, "Daño a la persona", Rubinzal-Culzoni, julio 1995, ps. 69 y ss.

sus ideas por la prensa sin censura previa, asociarse con fines útiles, profesar libremente el culto, enseñar y aprender (24).

Por otro lado, el art. 16 se vincula con la igualdad ante la ley, el 17 con la inviolabilidad de la propiedad privada, pero con relación al tema que nos ocupa es el art. 19 de la Constitución el que viene de manera directa y precisa a proteger el derecho a la intimidad. Es muy sabio aquello de “las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a un tercero.” quedan fuera de la autoridad de los magistrados, garantizándose de tal manera la privacidad (25).

Como en extensión lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional: “... La responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código civil solo 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’ está 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 consecuente, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica...” (26).

## VII. Caracteres de los derechos personalísimos

Se han anotado diferentes características de los derechos personalísimos, teniendo en cuenta su relación con el sujeto titular, su propia esencia y las consecuencias que de ello derivan.

Siguiendo esa línea es posible afirmar que son: a) absolutos; b) extrapatrimoniales; c) la voluntad del titular no incide en su nacimiento o extinción; d) innatos al hombre, y e) se hallan fuera del comercio (27).

(24) SABSAY, Daniel A., “Los derechos y la Constitución Nacional”, en SABSAY, Daniel A. (dir.) - MANILI, Pablo N. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina, análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 359.

(25) BASTERRA, Marcela, “El derecho a la intimidad”, en SABSAY, Daniel A. (dir.) - MANILI, Pablo N. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. I, ps. 886 y ss.; VALIENTE NOAILLES, Carlos, *La moral pública y las garantías constitucionales*, La Ley, Buenos Aires, 1966, ps. 30 y ss.

(26) CS, 5/8/1986, “Gunther c. Gob. Nac.”, en ED 120- 524, con nota del Dr. Germán BIDART CAMPOS; GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., *El derecho real*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 16 y ss.; DE LOS MOZOS, José L., *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 223.

(27) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps. 175 y ss.; TOBIÁS, José, “Comentario a los arts. 51 a 61”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., Thomson Reuters - La Ley, Buenos

Con respecto a su cualidad de absolutos importa que su ejercicio resulta, anotando alguna similitud con los derechos reales, con efectos hacia todos o *erga omnes*, ya que no tienen un determinado sujeto correspondiente, sino que se ejercen de manera indefinida (28).

El sentido de la extrapatrimonialidad es de toda razón, ya que los bienes que amparan no pueden ser tasados o valuados en dinero, como resultan ser otros derechos, especialmente los caracterizados como “patrimoniales”.

Las diferencias entre ambos extremos de su cualidad económica se observan en el sector del orden jurídico compuesto, como dice Díez-Picazo, por el sistema de normas y de instituciones enderezadas a la defensa de las personas o de sus fines dentro de la sociedad. Por otra parte, el que posee contenido patrimonial, se brinda en el estudio de la atribución a la persona de los bienes económicos, su movilidad y transacciones que realizan los sujetos vinculado con todo ello (29).

La adquisición y extinción de estos derechos no tienen ninguna vinculación ni dependen de la voluntad de su titular. La persona *per se* está dotada y le pertenecen todas estas potestades, y en nada puede incidir su deseo o voluntad, tanto para la pertenencia como para su pérdida o extinción (30).

### VIII. Exteriorizaciones y casos

Estos derechos aparecen de diferente manera y forma. Algunos autores los separan entre aquellos que resultan “bienes esenciales de la persona”

---

Aires, 2016, t. I, p. 478.

(28) Íd. nota anterior y HOOFT, Irene, “Comentario a los arts. 51 a 61”, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 201 y ss.

(29) Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, t. I, ps. 39 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 12ª ed. actualizada y puesta al día por D. José Luis De Los Mozos, Reus, Madrid 1978, t. I, vol. II (Teoría de la relación jurídica), p. 34, sostiene que los derechos patrimoniales son aquellos que forman parte del patrimonio de una persona, esto es, garantizan al titular bienes que son pecuniariamente estimables; mientras que los extrapatrimoniales garantizan intereses ideales, posiciones o estados no susceptibles de estimación económica. VAN TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, cit., t. I, vol. I, p. 187.

(30) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los derechos personalísimos”, en publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cit., (separata), p. 14; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 304, nro. 312.

de otros que son “bienes sociales e individuales” y “bienes corporales y psíquicos secundarios” (31).

Entre los primeros (bienes esenciales) se encuentran: la vida como condición de existencia física y jurídica del ser humano, la integridad corporal y la libertad. Ello tiene un nexo de relación con la protección a lo que reconoce ser primario y principal en la existencia del ser humano y hace a la denominada “calidad de persona” (32).

La vida como bien propio del individuo tiene en sí misma una controversia que divide a las opiniones doctrinarias. En su aspecto estrictamente práctico quedó planteado en los ámbitos de la responsabilidad cuando se debate si la vida por sí misma tiene un valor propio y ante su ataque debe brindarse una indemnización por la sola privación (33).

Si bien en los últimos tiempos ha variado el criterio, resultaba muy común juzgar que la vida humana tenía por sí sola un valor económico que debía considerarse en la indemnización. Todo ello de manera independiente a lo que el occiso producía o podía producir en el futuro (34).

Fue relevante la idea que desarrollara Spota y que a la vez tuvo una importante repercusión en la jurisprudencia de los tribunales. Decía al

(31) CIFUENTES, Santos, “Daños a los derechos personalísimos”, en CIFUENTES, Santos, *La responsabilidad*, cit., ps. 112 y ss.; del mismo autor “Los derechos personalísimos (Sobre una ponencia elaborada como posible legislación orgánica sobre la materia)”, en ED 106-773; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 22, nro. 723; MAZEAUD, León, “Los contratos sobre el cuerpo humano”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1953, (enero- marzo), ps. 81 y ss.; ESPÍN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español. Parte general*, cit., t. I, p. 356; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para una intervención en el propio cuerpo”, en LL 1991-B-354.

(32) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. II-C, p. 45 y ss. BIGLIAZZI GERI, Lina - BRECCIA, Umberto - BUSNELLI, Francesco - NATOLI, Ugo, *Diritto Civile. Norme soggetti e rapporto giuridico*, cit., t. I, p. 142, nro. 16, afirman: “Di tutela della persona si suole parlare con riferimento all’insieme degli strumenti normativi che l’ordinamento appresta per proteggere i soggetti nella loro sfera personale, o como si è anche detto, il valore giuridico della persona”.

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. II-B, p. 173, nro. 230; LLAMBIAS, Jorge J., “La vida humana como valor económico”, en JA 1974-624, secc. Doctrina; del mismo autor: *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. IV-A, p. 91, nro. 2357.

(34) CNCiv, sala A, en LL 1976-B-452; id., ED 72-136; id., LL 1977-C-363; id., sala C, en LL 1977-C-369; id., en LL 1990-A-755; id., sala D, en LL 1978-A-637; id., sala F, en LL 1989-C-637; id., sala H, en LL 2000-D-882; id., sala J, en DJ 2002-2-1153; SC Buenos Aires, en DJBA 142-1517; id., en LL 1991-C-18; id., en LL 1994-C-635. TRIGO REPRESAS, Félix A. - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. II, ps. 262 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, en LL 1990-A-654.

respecto: “La vida humana segada por el acto ilícito implica siempre un daño, ya se trate del ser en sus primeros años, ya del que, por su edad, ya del que por su edad o estado de salud precario sufra las consecuencias de la ancianidad o la enfermedad...” (35).

Sin embargo, prevalece en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia la idea contraria. Así, se juzga que la vida humana carece *per se* de un verdadero y propio valor económico; solo ello se tiene en cuenta y considera en cuanto a su verdadera aptitud para producir bienes de contenido económico, ya sea para el mismo sujeto, o bien destinado al patrimonio de otras personas (36).

En cuanto a los valores sociales, se integran —como dice el profesor De Castro— con los llamados de la personalidad, y son: la imagen, la intimidad personal, el honor, la fama, etc. Algunos de ellos separables del ser de la personalidad, pero donde las posibilidades de su ejercicio aparecen con mayor amplitud (37).

### IX. Los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial

La novel legislación civil y comercial se ha ocupado de estos derechos y están previstos, descriptos y desarrollados en el cap. 3° del título primero, del Libro I (Parte general) en los arts. 51 a 61. Allí aparece todo lo referido a la persona, a la protección de su cuerpo, de su dignidad, e imagen (38).

A más de ello en el mismo Código el art. 17 regula lo dispuesto sobre la limitación de disponer sobre el cuerpo humano, resolviendo de ese modo una de las cuestiones que tienen y arrastran un debate histórico relevante; y las consecuencias que hacen a la responsabilidad civil, en cuanto se violente la protección que brinda la ley a la “vida privada” (39).

---

(35) SPOTA, Alberto G., “El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por acto ilícito”, en JA 1953-II-337.

(36) ECHEVESTI, Carlos - STIGLITZ, Gabriel, El daño resarcible en casos particulares, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 265; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, cit., t. IV, p. 494, y t. II-B, p. 474.

(37) DE CASTRO, Federico, “Los bienes de la personalidad”, cit. p. 17; ROGER VIDE, Carlos, “Los bienes de la personalidad en Federico De Castro y sus coetáneos”, en *Glosas sobre Federico De Castro*, Civitas - Thomson Reuter, Madrid, 2015, ps. 363 y ss.

(38) TOBIÁS, José, “Comentario a los arts. 51 y ss.”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 467; íd., en HOOFT, Irene, “Comentario a los arts. 51 a 61”, cit., t. I, ps. 201 y ss.

(39) WIERZBA, Sandra, “La responsabilidad del profesional en el ámbito de la salud”, en WIERZBA, Sandra - MEZA, Jorge - BORAGINA, Juan Carlos, *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 394; ALFERILLO, Pascual, “Comentario al art. 1770”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., ts. VIII, ps. 442 y ss.; CS en Fallos 330:4315; íd., en Fallos 324:2895.

El art. 51 del Cod. Civ. y Com., que inaugura el capítulo, afirma la inviolabilidad de la persona humana. Con ello se quiere indicar que entre los derechos que todo hombre tiene, emergen con fuerza aquellos que hacen al mismo ser, resultan originarios e innatos, sin perjuicio de que algunos de ellos tendrán virtualidad en el decurso de la existencia. De ese modo la ley garantiza con severa amplitud su protección dando vigencia el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad corporal, a la libertad, etcétera (40).

En seguimiento de esa línea de protección, el art. 52 del Cod. Civil y Comercial se dirige a uno de los aspectos de esta tipología, como son: la intimidad personal o familiar, la honra, reputación, imagen, identidad o cualesquiera otras manifestaciones que vengan a lesionar a la dignidad de la persona. Como bien señala Tobías, en esa enumeración se hallan incursos los derechos a mantener al sujeto a resguardo de extraños, esa facultad a “ser dejado en paz”, o el conocimiento de sus caracteres íntimos, las relaciones humanas que tuviere, o los secretos de su vida familiar, los datos que lo identifican, la correspondencia epistolar, los papeles privados, los datos genéticos, etcétera (41).

Completando el esquema el art. 52 citado, permite en consonancia con lo normado en los arts. 1710 a 1715, ubicados en el Libro III, título V, cap. I, sec. II, promover acciones para prevenir el daño, sin perjuicio de también —acaecido el hecho perjudicial— reclamar el resarcimiento (42).

Por su parte, el siguiente art. 53 se ocupa de proteger la imagen de una persona integrada por su aspecto exterior y la voz como forma de transmitir sus sentimientos, deseos, reclamos, o comunicaciones con otros. Deja a salvo el acto del mismo sujeto, es decir, cuando consiente en que su imagen o voz se conozca o difunda. Ha sido caracterizado como derecho con cierta autonomía con respecto a las demás facultades de tipo personalísimas. Como señala Cifuentes, la prohibición solo se justifica si la reproducción

---

(40) TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, ps. 102 y ss.; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 681; LAVALLE COBO, Jorge, “Comentario al art. 51”, cit.

(41) TOBIÁS, José, “Comentario al art. 52”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, ps. 495 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, cit., t. II-D, p. 105; BERGEL, Salvador C., “La protección jurídica de los datos genéticos”, en LL del 7 de octubre de 2015.

(42) VERGARA, Leandro, “La prevención en el derecho de la responsabilidad civil”, en RCyS 2003-252; BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y omisión precautoria”, en RCyS 2016-III-26; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Función preventiva de daños”, en LL 2011-E-1116.

resulta un atentado a la honra, buena fama o responsabilidad de la persona. De ese modo se trata de reprimir el abuso en el ejercicio (43).

Siempre resultó un tema controvertido si la persona puede mediante su asentir o aceptar, disponer de algunos de los derechos personalísimos. El art. 55 del Código Civil y Comercial con buen criterio acepta que la voluntad de los particulares pueda modificar o permitir disponer de esos derechos subjetivos. Restan fuera de su ámbito de renunciabilidad cuando por ello se violen los principios y resguardos de la moral social, el orden público, o las buenas costumbres.

Considero que es sabia la norma que permite, dentro de los límites impuestos, que cada uno resuelva como le parezca sobre estos derechos personalísimos en situaciones particulares, aparece como un ámbito pleno de libertad personal que, por otra parte, es digna de ser considerada. Claro está que la interpretación de la voluntad del titular lleva a una estricta hermenéutica, conforme a la naturaleza del derecho y a las circunstancias de personas y lugar (44).

A modo de colofón, los arts. 56, 57 y 58 del Cod. Civ. y Com. regulan todo lo referido a la disponibilidad del cuerpo humano, las alteraciones genéticas embrionarias y las investigaciones que se realizan sobre ello, con la reglamentación y limitaciones impuestas. Toda esta temática de magna importancia y relevantes consecuencias sociales ha sido considerada con meticulosidad y cuidado que merece aprobación. La ley viene a poner en claro cuáles son las reglas para tener en cuenta para permitir la injerencia en derechos sensibles y fundamentales del hombre. Su detenido análisis y estudio excede el objetivo de esta pequeña tarea de muestra de lo importante de la regulación hecha por la novel legislación sobre el derecho privado. ♦

---

(43) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 508; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad por los medios de comunicación masiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 339; LAVALLE COBO, Jorge, "Comentario al art. 53", en BUERES, Alberto J. (dir.), COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. (coord.), en *Código Civil y Comercial, y leyes complementarias*, t. I-A, ps. 400 y ss.

(44) HOOFT, Irene, "Comentario al art. 55", en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. I, p. 220. Sostienen que la interpretación del acto de disposición debe ser estricta. Y como se trata de una limitación a los derechos de la personalidad, no puede extenderse más allá de lo que razonablemente se puede considerar. La autora cita un fallo de la CS que es coincidente con ese criterio (Fallos 332:1966).



# EL ACTO JURÍDICO PERSONALÍSIMO, INSTRUMENTO PARA LA DINAMIZACIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

POR NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Sumario: I. Introducción.- II. Los derechos personalísimos del sector físico y su protección constitucional.- III. Naturaleza jurídica del denominado consentimiento informado.- IV. El acto jurídico.- V. El acto jurídico personalísimo.- VI. Estructura del acto personalísimo.- VII. Vicisitudes del acto jurídico personalísimo. La revocación.- VIII. Síntesis.

## **I. Introducción**

Para evocar la personalidad de Santos Cifuentes, ilustre jurista y magistrado a quien rendimos homenaje en esta publicación ha sido un acierto elegir como tema central los derechos personalísimos, que lo convirtiera en un clásico del derecho argentino desde los años sesenta. Fue Cifuentes quien, en ese tiempo, no solo propuso la denominación, ahora clásica, de derechos personalísimos, sino que los abordó con cuidadosa profundidad y sapiencia y, al cabo de muchos años, nos ofreció una visión ampliada y renovada de su obra (1).

---

(1) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

Nuestro homenajeado definió esos especiales derechos individuales como derechos “privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”. El tiempo transcurrido demostró el gran desafío que el mundo jurídico debía enfrentar para la defensa de derechos tan inherentes a la persona humana ante los increíbles desarrollos, en ocasiones desbordes, de la ciencia y la tecnología.

Pensamos que en esta obra dedicada a esos derechos podría resultar útil volver sobre la cuestión de los actos o negocios personalísimos (2), especialmente sobre el consentimiento informado y los demás derechos que se involucran en la relación médico paciente. Es que, a nuestro entender, una correcta regulación del acto jurídico personalísimo permite de la mejor manera el ejercicio del derecho personalísimo, en especial el derecho a la vida, que, en sí mismo, es un concepto estático. Se trata, pues, de desarrollar aquí en forma sintética una teoría del acto jurídico personalísimo que dinamice el concepto estático del derecho individual y establezca los principios fundamentales por los que debe regirse.

## **II. Los derechos personalísimos del sector físico y su protección constitucional**

La necesidad de diferenciar el acto jurídico personalísimo, en especial el vinculado a la vida y la salud de las personas, se advierte a partir de comprender la importancia de los *derechos personalísimos*. Es una de las grandes cuestiones del mundo actual y en el ordenamiento jurídico argentino ha quedado patentizada en el Código Civil y Comercial que en esta materia tiene como fuentes inmediatas el Proyecto de Código Civil de 1998 y la Ley de España 41/2002. Asimismo, sigue el criterio del Código Civil francés (3). En el Libro Primero se incluye un capítulo 3, titulado Derechos y actos personalísimos (arts. 51 a 61).

Ese capítulo significa un enorme avance legislativo y contribuye a que el nuevo Código de Derecho privado pueda ser caracterizado como un Código del siglo XXI, sobre todo porque incluye algunos aspectos sustanciales del

---

(2) Decimos volver sobre el tema porque el presente trabajo es una reelaboración y actualización de nuestra tesis doctoral inédita “Vida humana y derecho civil. Exigencia y posibilidad del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana”, UNL, 1991.

(3) En el Código Civil francés se regula la cuestión en el capítulo II: Del respeto al cuerpo humano, art. 16-1 a 16-9.

derecho a la vida que hacen a la relación médico paciente (4), que ya había sido regulada en la ley de Derechos de los pacientes 26.529, modificada por la ley 26.742, cuyo decreto reglamentario es 1089/2012. De acuerdo con la metodología empleada en la elaboración del Código, dicha ley ha quedado vigente junto a tantas otras que no fueron incorporadas al sistema codificado ni derogadas. Hubiera sido deseable que se incorporaran al Código las normas troncales de la dispersa legislación existente en la actualidad en materia de derechos personalísimos del sector físico (5). Sería razonable que se derogue la ley 26.529 y que sus normas se sistematicen en el Código incluyendo los derechos personalísimos del paciente en el capítulo de las personas, junto a los demás derechos personalísimos; en el capítulo de los actos jurídicos las normas generales relativas al consentimiento informado y la historia clínica y que los detalles reglamentaristas de la ley se incluyan en las leyes que ordenan el ejercicio profesional de los profesionales de la salud.

Son varios los derechos personalísimos que se involucran en la relación médico paciente. En la mayoría de los casos, para que el profesional pueda actuar el paciente autoriza a invadir su zona de reserva, su cuerpo, es decir, que dispone de su derecho a la privacidad personal; en otros casos ejecuta actos de disposición de las partes renovables de su cuerpo y en otros dispone de su derecho a la imagen, cuando sea requerida con fines científicos o académicos (art. 53, Cód. Civ. y Com.).

Sin duda, los actos jurídicos de mayor significación son los actos de disposición del propio cuerpo, razón por la que el Código Civil y Comercial los trata de manera especial y prohíbe *los actos que ocasionen una disminución permanente de la integridad del cuerpo de la persona o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres* (art. 56, Cód. Civ. y Com.). Esos actos se habilitan por excepción, cuando son requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, ya se trate de su salud física o psicológica o por afectarse la integridad del cuerpo humano, como sucede con la ablación de un órgano en una persona viva a favor de otra persona, siempre que el ordenamiento jurídico lo permita.

Todas las reflexiones vinculadas al acto personalísimo denominado consentimiento informado, que tratamos en este trabajo, están emplazadas en el ámbito de las garantías constitucionales y del orden público

---

(4) Una mirada crítica a la metodología empleada en el Código Civil y Comercial, v. ANDRUET (h), Armando S., "Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (noviembre), p. 153.

(5) Acerca de la interpretación y aplicación de la normativa plural vigente, v. GARAY, Oscar E., "El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial y en la ley de derechos de los pacientes", RCCyC 2017 (agosto), p. 59, LL 2017-D-1283, DFyP 2017 (octubre), p. 233.

que campea en torno a la protección de la persona humana, aun cuando el Código evidencia una singular apertura al juego de la autonomía de la voluntad, que tiene mucho que ver con las pautas bioéticas de detección de su competencia para manifestar su voluntad, del resguardo a las conductas autorreferentes y, sobre todo, de priorización de su dignidad como ser humano (6).

Como decíamos, los derechos del paciente en la relación con el médico están formalmente protegidos desde la perspectiva constitucional de los derechos humanos. La Constitución Nacional, los tratados internacionales y las constituciones provinciales tienen su foco en la protección de la vida y, como directa derivación, garantizan el derecho a la salud y el derecho a la integridad física del hombre (7). En la Constitución Nacional el artículo 42 garantiza el derecho a la salud, a la información y al trato digno del paciente, que es además consumidor, pues asegura que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. Esta garantía constitucional ha sido reforzada por numerosas normas infra constitucionales.

En relación con la protección prevista en los tratados internacionales pueden mencionarse la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1º, cap. 1, y artículo XI); la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3º y 25); el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (artículo 6º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículo 4º, inciso 1º); los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos (artículo 12.1); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 6º, 1º, 23.1, 24.1. y 39); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 11 y 25).

No obstante, en relación con el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que el “sistema interamericano de protección de los derechos humanos no cuenta con una norma convencional en materia de bioética y derechos humanos en la región, que desarrolle el alcance y contenido de la regla del consentimiento informado”, como sí tiene el derecho europeo (8),

---

(6) SAUX, Edgardo I., “En la teoría general de las personas”, LL 2015-F-574.

(7) SAUX, Edgardo I., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. I, cap. III, p. 277.

(8) La Corte cita diversos documentos en los cuales el derecho europeo regula expresamente el consentimiento previo, libre, pleno e informado del paciente para la realización

razón por la cual para resolver el caso que tenía en consideración debió recurrir al *corpus juris* internacional en la materia (9).

Las Constituciones provinciales más modernas destacan la garantía del derecho a la vida y a la salud de los ciudadanos. Por ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículos 12 y 36, inc. 8°); la Constitución de Córdoba (artículos 4°, 19 y 59); la Constitución de Salta (artículos 10, 17, 41 y 42), y la Constitución provincial del Chaco (artículos 15 y 36).

### III. Naturaleza jurídica del denominado consentimiento informado

Cuando referimos al acto jurídico personalísimo aludimos centralmente al denominado consentimiento informado en torno al cual existe una vastísima doctrina e inclusive legislación, en la que suelen prevalecer miradas bioéticas confundidas con análisis jurídicos.

Como dijimos, nos parece oportuno volver sobre el tema del acto jurídico personalísimo y hacer conocer nuestro estudio que había quedado inédito, porque advertimos que puede coadyuvar a superar las imprecisiones técnicas y las consecuencias jurídicas equivocadas que existen en relación con el consentimiento informado que han llegado, inclusive, a la legislación de fondo. A partir de los desarrollos de nuestro trabajo, ahora sintetizados y actualizados, explicaremos nuestros fundamentos.

El Código Civil y Comercial en el artículo 59 define el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud como “la *declaración de voluntad expresada por el paciente*, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a. su estado de salud; b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos...”

El legislador, empleando el lenguaje corriente en la literatura de la bioética, le atribuye al consentimiento informado el carácter de declaración

---

de cualquier acto médico, por ejemplo, Artículos 1° a 3° de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa, en 1994; artículos 5° y 6° del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997.

(9) CIDH, caso “I. V. vs. Bolivia”, 30/11/2016. En el fallo la Corte considera que los organismos internacionales tienen normas jurídicas destinadas a la protección general alrededor del carácter previo, libre, pleno e informado del consentimiento, entre ellas la Organización Mundial de la Salud, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Asociación Médica Mundial, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

unilateral de voluntad. Esa noción puede ser cuestionada en dos aspectos. Primero, porque refiere a una declaración de voluntad y, después, porque la califica como unilateral. En primer lugar, hay que señalar la contradicción que surge cuando se denomina “consentimiento” a una declaración “unilateral”. El consentimiento exige al menos dos personas, es un *cum sentire*, sentir con, sentir con otro, por lo cual no debería calificarse la declaración como unilateral. Si se pretende que sea una declaración unilateral, no debe llamarse consentimiento, debería denominarse asentimiento. Si se quiere que constituya un consentimiento, debe ser un acto en el que participe también el otro, en este caso, el médico. El término *asentimiento* no es ajeno al Código Civil y Comercial que lo emplea con frecuencia y precisión en los artículos 255, inc. a), 318, 375, 456 y ss., 470, 522, 644, 667, 882, 915, 1824, 1989, 2236. En el derecho argentino se ha entendido siempre que el asentimiento es un acto unilateral por el cual se otorga una autorización dirigida a un determinado destinatario, a quien se autoriza porque se admite en forma unilateral el beneficio de algo que se estima conveniente.

Por otro lado, aun cuando se modificara el término consentimiento por asentimiento, entendemos que no se corrige el problema conceptual (10), porque lo importante es concretar en el supuesto de hecho de la norma la realidad que se quiere regular. En la relación médico paciente sucede que, después del proceso de información, ambos llegan a un acuerdo en el que detallan cómo ha de ser la práctica médica en relación con el derecho personalísimo del paciente sobre su cuerpo. Contrariamente a lo que indican los usos y costumbres, el único camino posible para reflejar la realidad y proteger al paciente es que se suscriba un verdadero consentimiento, un documento privado en el que conste el acuerdo entre médico y paciente, no solo una declaración del paciente, y que sea firmado por ambos (11).

Desde el punto de vista técnico se trata de un acto jurídico, cuya definición obra en el artículo 259 del Código Civil y Comercial (12). No es un

---

(10) Las complejidades del tema facilita que se creen ciertas confusiones, por ejemplo, cuando se dice que a diferencia del consentimiento como presupuesto de los actos jurídicos el consentimiento informado se construye con base en un diálogo establecido entre el profesional y el paciente, en el que se analizan los riesgos del tratamiento o de la investigación, las alternativas posibles y los beneficios alternativos (BERGEL, Salvador D., “Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 [noviembre], p. 135).

(11) La reglamentación del artículo 7° de la ley 26.529 exige al menos la firma del médico, aunque no sea una declaración común de voluntad entre médico y paciente.

(12) El negocio jurídico personalísimo se corresponde con la noción de acto jurídico, aunque tenga caracteres especiales. Puede decirse de este acto lo mismo que se sostuvo respecto del acto jurídico familiar, en cuanto una parte importante de la doctrina argentina entendía que al acto jurídico familiar le era aplicable la definición del art. 944 del Cód. Civ.

simple acto lícito, como se verá, y tampoco una declaración unilateral de voluntad que el mismo Código regula en el artículo 1800 entre las otras fuentes de obligaciones. En el capítulo 5, Declaración unilateral de voluntad, sección 1ª Disposiciones generales, dice que “La declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos”. Sin duda que cuando el artículo 59 define el consentimiento como declaración unilateral de voluntad no se refiere a esta que refiere el artículo 1800 del mismo Código, porque si así fuera sería muy negativo. Adviértase que se estaría obligando al paciente que emite la declaración unilateral de voluntad y que, además, se le aplicaría en forma subsidiaria el régimen de los contratos, del cual el consentimiento está bien alejado por tratarse de un acto personalísimo.

Dicho acto jurídico personalísimo es el hecho humano voluntario lícito celebrado entre el profesional interviniente y el paciente, mediante el cual este último dispone de sus derechos personalísimos y autoriza al profesional para invadir su zona de reserva, después de haber recibido información clara, suficiente, adecuada, veraz y objetiva respecto de su estado de salud y las demás circunstancias establecidas en las reglas éticas y legales.

Conviene puntualizar que la cuestión ha sido advertida por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos que alude al consentimiento como el “resultado de un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico paciente, por medio del cual el paciente participa activamente de la decisión” (13), es decir que, en términos no técnicos, reconoce que existe un acuerdo entre médico y paciente.

El acto jurídico celebrado entre médico y paciente es la concreción del principio de autonomía del paciente y un importante instrumento para la protección del mismo que la necesita por ser un débil jurídico, vulnerabilidad que se deriva de su ser enfermo. En un principio, aparece la debilidad física que es la más significativa, pues hasta las personas más fuertes suelen debilitarse en la enfermedad. Se acompaña con frecuencia de la debilidad psicológica y, a veces, también económica (14). Además esa relación resulta desequilibrada cuando se relaciona con el profesional que tiene la *aristocracia* del conocimiento (15), es un profano, en términos del

---

con su debida adecuación (Belluscio, Guastavino, Ferrer, D’Antonio, Zannoni y Lafail). V. SOLARI, Néstor E., “Acto jurídico familiar. Caracterización”, LL 1998-D-1146.

(13) V. *supra* nota 9.

(14) GHERSI, Carlos A., “Proyecto de Código único. Derecho a la salud. Algunas cuestiones observables”, LL 2012-D-853.

(15) Entendida la aristocracia como lo hace el *Diccionario de la Lengua Española*, dán-

saber médico, frente al experto. Precisamente, fue esa *aristocracia* la que por siglos le atribuyó al médico toda la autoridad para disponer respecto de la salud del paciente, pues, según el “modelo de medicina de autoridad”, el profesional conocía la medicina más adecuada para curar y preservar la vida de sus enfermos. De alguna manera, el juramento hipocrático refleja ese modelo de medicina (16).

La causa de esa vulnerabilidad es el impacto que la enfermedad determina en la persona, pues aun la más simple dolencia puede complejizar su vida. A su vez, la pérdida de la salud presenta diferentes grados de complejidad si se trata de un niño enfermo, un paciente anciano o un enfermo terminal. Sin embargo, en cualquier caso, los problemas se acrecientan por la interacción necesaria de las instituciones de salud y se profundizan, aun más, en entornos de grandes carencias económicas, frecuente en los países de nuestra región. La pobreza impone límites muy estrechos a los derechos del paciente (17), puede menoscabarse su derecho a la salud, a la vida, a su propio cuerpo, pero también otros derechos personalísimos que merecen cuidado y protección como son el derecho a la dignidad, la intimidad personal y la imagen (18). La pobreza en sí misma constituye una lesión a los derechos humanos en general (19).

La vulnerabilidad del paciente y el menoscabo a sus derechos constitucionales antes referidos se potencian en los casos de pacientes en estado

---

dole la acepción de “clase que sobresale entre las demás por alguna circunstancia: aristocracia del saber, del dinero”

(16) El modelo de autoridad, francamente superado en la actualidad, tiene algunos caracteres que enfrentan la sustancia de la autonomía del paciente. BEAUCHAMP, Tom L. - MC CULLOUGH, Laurence, “Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos”, trad. Enrique Pareja Rodríguez, Labor, Barcelona, 1987, afirman que esos elementos son: 1) El fin de la medicina es fomentar los mejores intereses del paciente. 2) El principio de beneficencia es el único principio fundamental. Dispone que el médico busque los bienes de los pacientes y evite los males. 3) Las obligaciones del médico relacionadas con su papel derivan del principio de beneficencia: comunicación sincera, confidencialidad, fidelidad. 4) Las virtudes del médico relacionadas con su papel también derivan del principio de beneficencia: sinceridad, confianza, fidelidad.

(17) MANZINI, J. L., “Relación médico-paciente”, TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, 2008, t. III, p. 441.

(18) En definitiva, se trata del derecho a la dignidad de la persona, v. al respecto, TRIGUEAD, J. M., “Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d’un fondement reel”, en *Liber Amicorum*, en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Advocatus, Córdoba, 2010, t. I, p. 143.

(19) Así ha sido analizado, por ejemplo, por WESTER, J., “Responsabilidad en contextos de pobreza”, en TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, cit., t. III, p. 517. Se alude en ese trabajo al proyecto “Dimensiones de la pobreza relativas a la ética y los Derechos Humanos: hacia un nuevo paradigma de la lucha contra la pobreza”, que la Unesco inició en 2001.



de emergencia. Es una cuestión que merece especial atención en nuestro país por la frecuencia con la que se presentan esas situaciones, pero en esta oportunidad solo diremos que en el derecho argentino debería incluirse alguna norma similar a la que tiene la ley ecuatoriana de derechos del paciente 77 de 1995, modificada en 2006, que en su artículo 8° dispone: “Todo paciente en estado de emergencia debe ser recibido inmediatamente en cualquier centro de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo”. Esa norma se integra con el artículo 12 que prevé la sanción para el caso de incumplimiento: se traslada al “centro de salud que se negare a atender a un paciente en estado de emergencia la responsabilidad por la salud de dicho paciente y asumirá solidariamente con el profesional o persona remisa en el cumplimiento de su deber, la obligación jurídica de indemnizarle los daños y perjuicios que su negativa le cause”.

La cuestión de la vulnerabilidad del paciente es recurrente, por ejemplo, se ha dicho con acierto, que “El ser humano es vulnerable, como lo es todo ser vivo. Pero el animal es vulnerable en su biología, en tanto el ser humano lo es no sólo en su organismo y en sus fenómenos vitales, sino también en la construcción de su vida, en su proyecto existencial. Además, sabe de su vulnerabilidad y de que la comparte con todos sus congéneres. El carácter antropológico de la vulnerabilidad ha sido captado por Ricoeur al describir la existencia humana como ‘síntesis frágil’” (20).

La Corte Interamericana de Derechos humanos destacó que “en los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas” (21).

En ese contexto, el paciente ejercita la autonomía de la voluntad cuando acuerda con su médico la realización de una práctica, pero es el sistema quien debe garantizarle un espacio para el ejercicio de su autonomía y libertad. No obstante, la realización práctica en la realidad de un centro sanitario no está exenta de dificultades éticas, jurídicas, organizativas o, también, emocionales. En este sentido, la situación de vulnerabilidad potencial de los sujetos incapaces hace que los marcos legislativos adquieran una importancia muy relevante, por cuanto trazan mínimos éticos por

---

(20) KOTROW, M., “Vulnerabilidad y protección”, en TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, cit., t. II, p. 340.

(21) CIDH, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006.

debajo de los cuales nadie debe situarse (22). Constituyen límites a la autonomía para proteger al paciente de sí mismo, es decir, de las malas decisiones que puede adoptar (23). Estos son los fundamentos de los artículos 55 y 56 del Código Civil y Comercial en tanto prohíben otorgar el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos cuando fuera contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. y realizar *actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.*

#### IV. El acto jurídico

A fin de evidenciar la profunda diferencia que existe entre atribuir al consentimiento informado la naturaleza jurídica de declaración unilateral de voluntad o de acto jurídico y, también, para explicar las diferencias entre el acto jurídico patrimonial y el personalísimo, trataremos en primer lugar, de manera sintética, las líneas generales del acto jurídico en el derecho argentino.

a) Partimos de la teoría del acto o negocio jurídico, aunque parezca osado en estos tiempos en que reina la asistematicidad en todos los saberes y, en especial, se acentúa en la ciencia jurídica, porque el derecho privado de la familia occidental continental, además de estar influido por el postmodernismo, viene sufriendo la penetración del modelo cultural, económico y político anglosajón, una notable recepción del *common law*, tan lejano a la noción de ciencia y sistema. Algunas corrientes rechazan las teorizaciones generales, prefieren atender casos particulares, aunque frente a ellas ha avanzado paralelamente, sobre todo en el derecho alemán, italiano y del este de Europa, la corriente contraria, que rescata la permanencia de las grandes categorías conceptuales (24).

---

(22) MAINETTI, José A. - GONZÁLEZ, Marcela, "CELABE: caso 'M. A. D,' muerte digna y dilemas éticos", SJA del 4/5/2016, p. 9.

(23) En el planteo profundo de esta cuestión, v. DE LORENZO, Miguel F., "Consentimiento e integridad física. *Volenti non fit iniuria*", en RDD 2011-3-101.

(24) FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, trad. y notas Luis Sancho Mendizábal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 39. Quienes se enrolan en esa última tendencia destacan la importancia del negocio jurídico, GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. Francisco de F. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 8, cuando muestra la fuerza expansiva del negocio jurídico propia de las categorías civilistas que ha penetrado en el derecho administrativo. Una mirada crítica puede verse en BRUTTI, Massimo, *Dal contratto al negozio giuridico*, B. Giappichelli, Torino, 2013.

Desde hace mucho tiempo sostenemos que en relación con el acto jurídico personalísimo urge construir un marco teórico sistemático, no rígido, pero sí ordenador, un tanto generalizador y explicativo de los diversos fenómenos que comprende. A partir de esa sistematización creemos posible brindar una mejor explicación.

Este nuevo ámbito de expansión del negocio jurídico es una oportunidad para la expansión del instituto, restringido hasta el presente de manera casi exclusiva a la vida económica, porque del acto jurídico personalísimo puede decirse hoy que "...como medio de desarrollo de la personalidad tiene una función que cumplir en la historia de la vida civil", parafraseando a Gorla cuando se refería al contrato (25).

b) Para ubicar el acto o negocio jurídico es necesario reconstruir el mundo de los *hechos jurídicos*, definidos en el artículo 257 del Código Civil y Comercial: "El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". El legislador emplea la palabra acontecimiento que remite a lo que sucede, ya sea como consecuencia de adjudicaciones de la naturaleza o provenientes de hechos humanos. En todo lo concerniente al derecho personalísimo a la vida humana tienen despliegues notables las distribuciones de la naturaleza. Por ellas el hombre puede recibir beneficios o cargas, vida, muerte, enfermedades, mayor o menor desarrollo físico, etc., pero también es el hombre quien protagoniza sucesos que tratan de complementar, alterar o modificar la naturaleza. Por ejemplo, el equipo médico puede mantener con vida a un paciente terminal en forma artificial, de modo que, cuando se le retira el soporte distanásico y fallece, cabría preguntarse si constituye un hecho humano o de la naturaleza. Es decir, si son hechos naturales o humanos. Es evidente que se yuxtaponen dos adjudicaciones: una proveniente del hombre, hecho humano, y otra proveniente de la naturaleza, el fallecimiento. En estos casos la muerte continúa siendo un hecho de la naturaleza, aun cuando su causa está en un hecho humano (26). Se trata de los efectos de los hechos jurídicos.

El Código Civil y Comercial en la nueva definición de los hechos y de los actos jurídicos proporciona un fundamento más a nuestra opinión porque *abarca algo más que el derecho de las obligaciones ya que se involucra no solo a las relaciones patrimoniales sino además a las extrapatrimoniales.*

---

(25) GORLA, Gino, *El contrato*, trad. José Ferrandís Vilella, Barcelona, 1959, t. 1, p. 193.

(26) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., trad. A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 11; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 5; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 10.

*También quedan comprendidas las situaciones jurídicas de carácter permanente como así también aquellas que son variables y contingentes, como ocurre en el caso de las relaciones jurídicas (27).*

c) Los hechos humanos, a su vez, pueden ser realizados con voluntad, es decir, con discernimiento, intención y libertad, o sin ella, y entonces son *voluntarios o involuntarios*. Dice el artículo 260 que “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”. A su vez el artículo 261 completa: “Es involuntario por falta de discernimiento: a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c. el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”.

Respecto del hecho humano involuntario hay que decidir si es una adjudicación del hombre o es una distribución de la naturaleza. El ejemplo que nos planteamos es el del médico que acuerda con su paciente terminal la aplicación de una inyección letal y provoca su muerte. Allí no se duda en afirmar que se está ante un hecho humano voluntario, que provoca un hecho de la naturaleza: la muerte. Pero, si un padre atormentado, privado accidentalmente de razón por padecer el sufrimiento de su hijo enfermo terminal, le produce la muerte, por ejemplo, desconectando el respirador, pensamos que seguiría existiendo hecho humano, pero en grado mucho menor y con una aproximación notoria a un suceso de la naturaleza.

Los hechos humanos voluntarios pueden ser, a su vez, *lícitos o ilícitos*, según sean o no conformes al ordenamiento normativo en su integridad. Los hechos humanos voluntarios lícitos pueden ser, según la enunciación del Código Civil y Comercial, *simples actos lícitos o actos o negocios jurídicos*. Para distinguir cada una de estas especies debe tomarse como criterio la razón o fin inmediato perseguido por el agente (28). Dice el artículo 258: “El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Por su parte el 259 dice que “El acto jurídico es el acto

---

(27) BENAVENTE, María Isabel, “Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, p. 19.

(28) En nuestro derecho es posible equiparar los términos acto y negocio jurídico, según doctrina de ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *El acto jurídico familiar y otros estudios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 16, entiende que la expresión “acto jurídico” es más lata y abarca al negocio jurídico.

voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". Queda claro ahora que el fin inmediato perseguido en el acto jurídico no está solo encaminado a producir relaciones obligatorias sino a establecer relaciones o situaciones jurídicas, tal lo que persiguen el médico y el paciente en el acto personalísimo de disposición del cuerpo.

Tratando de explicitar la diferencia entre el hecho y el acto jurídico dice Galgano: el hecho jurídico es un hecho "encontrado" por el derecho mientras que el acto jurídico es un acto creado por el derecho para que produzca efectos jurídicos (29). Aun así, existe una íntima correspondencia entre hecho jurídico y acto jurídico. El acto es una especie dentro del gran género de los hechos jurídicos, es el hecho humano voluntario lícito al que se agrega un fin inmediato.

El fin, la razón de toda adjudicación humana, es siempre trascendente y, más aún, en los hechos humanos voluntarios lícitos. En los simples actos lícitos el agente no persigue un fin jurídico inmediato, pretende satisfacer un fin práctico, pero el ordenamiento puede adjudicarle consecuencias jurídicas. En cambio, en el acto o negocio jurídico el fin inmediato perseguido por el hombre es alcanzar determinados efectos jurídicos que el ordenamiento positivo le acuerda.

Las diferencias pueden ejemplificarse con un supuesto caso en que a un efector público llegue una persona accidentada en grave emergencia y el equipo médico proceda a su rápida atención. Para calificar la relación jurídica que se establece entre médico y paciente hay que preguntarse si es un simple acto lícito o un acto jurídico. Hay que observar si los agentes que obraron esas conductas, médico y paciente, tienen por *fin inmediato* establecer relaciones o situaciones jurídicas o, más bien, un fin práctico cual es restablecer la salud del paciente, y es el ordenamiento el que les endilga las consecuencias. Se trata de un simple acto lícito, tanto que, si en este caso se discutiera la responsabilidad civil del médico, se consideraría un supuesto de fuente extracontractual, ya que no existió un acto jurídico contractual ni una manifestación del consentimiento del paciente. Bien diferente es la relación jurídica que nace entre el médico y el paciente cuando acuerdan una determinada prestación médica y convienen las determinaciones específicas, los costos, los tiempos y además el paciente le autoriza expresamente al médico a invadir su zona de reserva suscribiendo ambos el consentimiento para la práctica. En este caso queda claro que existen dos actos jurídicos, dos actos voluntarios lícitos que tienen un fin inmediato:

---

(29) GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, cit., p. 6.

establecer una relación jurídica entre médico y paciente, aun cuando a la vez persiguen un fin práctico que es restablecer la salud del paciente.

Así entendido el consentimiento es un acto jurídico porque persigue un fin inmediato, que es nada menos que autorizar al médico para que intervenga en el cuerpo del paciente, autorización que este acepta. No puede negarse que esa es una finalidad jurídica porque establece una peculiar relación jurídica entre médico y paciente, que tiene reglas propias y diferentes a las del contrato de prestación profesional (30).

d) Comparando los actos personalísimos con los patrimoniales enunciamos ahora de manera sucinta las diferencias más notorias, que luego vamos a explicar, partiendo de una observación de carácter general (31): los actos personalísimos se vinculan más con los dominios del ser que del tener, por tanto no pueden emplearse las categorías de lo patrimonial; los conceptos jurídicos corrientes no son útiles en estos dominios, especialmente para los problemas que presenta la biotecnología. Son necesarias nuevas categorías.

Las diferencias a que aludimos se manifiestan en:

1) el objeto de los actos. Es la diferencia sustancial más importante, puesto que como el acto personalísimo tiene como objeto mediato derechos relativos a la esencia de la personalidad y sus más vitales manifestaciones, debe asegurarse a la persona un ejercicio de la autonomía que le permita, por ejemplo, manifestar o retractar sus decisiones, pero a la vez es necesario protegerla para garantizarle el ejercicio pleno de su autonomía que evite decisiones que pueden resultarle graves para su vida o su salud (32).

---

(30) En contra, HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, *La relación médico paciente: El consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 67. Para la comprensión del acto o negocio jurídico y sus fines, v. BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. 2, p. 10.

(31) Es posible consultar: MANTOVANI, Ferrando, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, CEDAM, Padova, 1974, p. 253; BELLELLI, Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, CEDAM, Padova, 1983, p. 95; LABRUSSE - RIOU, Catherine, "Biologie, bioéthique et droit", en *Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif*, Faculte de droit et de Science politique D'Aire-Marseille, N-X -22, 1985-2, p. 454, se pregunta si no seremos capaces de inventar nuevas categorías jurídicas para los productos del cuerpo humano. Asimismo es importante la ponencia presentada por el Prof. Dr. Luis Humberto CLAVERÍA GOZALBEZ, "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana", en *La filiación a finales del siglo XX*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, Madrid, 1988, ps. 231 y ss.

(32) Se ha sostenido que en estos actos hay una "negocialidad claudicante" por el escaso rol de la autonomía privada, CIURO CALDANI, Miguel A., "El negocio jurídico personalísimo y el derecho internacional privado", en *Investigación y Docencia*, FIJ., Facultad de Derecho, Consejo Asesor de Investigaciones, UNR, Rosario, nro. 9, p. 29.

2) la prevalencia de la teoría de la voluntad en el acto personalísimo, frente a una mayor incidencia de la teoría de la declaración en los actos patrimoniales.

3) la capacidad del agente, que debe evaluarse de modo más flexible y con diferentes criterios que la idoneidad para realizar actos patrimoniales.

4) la teoría de la representación, que en estos actos tiene un ámbito de aplicación restringido.

5) la forma. Respecto de las solemnidades que deben observarse en el momento de la celebración del acto debe regir un principio contrario a la generalidad de los actos patrimoniales: forma legal impuesta, en lugar de libertad de formas.

6) las vicisitudes de los actos. En los actos personalísimos cobra especial importancia la revocación, que es más excepcional en los actos patrimoniales.

7) el principio de protección de la confianza. Este principio considerado como regla fundamental en los actos patrimoniales, en los que se protege a aquel que ha tenido razón para creer en la manifestación de voluntad de otro, cede en el acto personalísimo ante la necesidad de hacer primar la voluntad actual e informada del agente.

8) el consentimiento. Respecto de este elemento surge como caracterizante una exigencia de espontaneidad. Por otro lado, deben apreciarse con mayor rigor los vicios de la voluntad.

Si prevalecen las diversidades entre los actos personalísimos y los que no lo son, resulta perjudicial aplicar a unos los principios de los otros (33). No debe subsumirse el acto personalísimo en la teoría general del contrato como se postula por cierta doctrina, pues aun cuando existen prestaciones

---

(33) STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, trad. Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, ps. XIV y XV, estudia las diversidades entre los distintos actos jurídicos, especialmente las observa entre los actos patrimoniales y no patrimoniales y sostiene que esa diversidad conspira contra la elaboración de una teoría general, sin embargo, dice: "quien no quiera sumirse en una vacía exégesis de los textos ha de buscar su conexidad interna para determinar a través de su aparente desorden el eje alrededor del cual giran", y ese principio que logra la unidad es para el autor la autonomía de la voluntad. Nos parece, por un lado, que la autonomía de la voluntad, si bien es el elemento esencial en los actos jurídicos, sufre notorias limitaciones que Stolfi no reconoce, y por otro, que ese eje alrededor del cual se construye la figura del acto jurídico no es tan exigente en la unificación, como para impedir que se sistematicen separadamente los actos personalísimos.

de carácter patrimonial, por ejemplo, en una relación médico paciente para procreación asistida, como esa relación nace de un acto jurídico combinado, no pierde en uno de sus negocios el carácter personalísimo.

## V. El acto jurídico personalísimo

El acto jurídico personalísimo celebrado entre médico y paciente, es decir, el denominado consentimiento informado al que venimos aludiendo, se presenta por lo general integrando un *negocio combinado*, porque se une a un acto patrimonial (el contrato de prestación profesional). Se crea un supuesto de hecho complejo derivado de la conexión de un acto patrimonial y un acto personalísimo.

### V.1. Noción

La doctrina clásica explica que los *negocios combinados* son negocios unidos en un supuesto de hecho complejo, de tal manera que cada uno de ellos es perfecto en sí mismo y produce efectos propios. Se los regula también con el nombre de actos o negocios coligados, unidos, enlazados (34), y en nuestro Código Civil y Comercial se los recepta (aunque limitados solo a la unión interdependiente de contratos) y se los denomina contratos conexos.

La recepción de la conexidad contractual en el Código es importante para el tratamiento de los negocios que venimos tratando, porque ahora pueden aplicarse por analogía las soluciones que dan los artículos 1073 a 1075. En realidad, esos artículos podrían leerse en clave de actos jurídicos conexos y se diría entonces en el artículo 1073 que hay conexidad cuando dos o más negocios jurídicos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad común establecida con anterioridad, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074. Para la interpretación ese artículo debería decir: Los actos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de negocios, su función económica social y el resultado perseguido.

Respecto del fenómeno de los negocios combinados, Betti (35) explica que esa combinación se produce, en algunos casos, por concurso y, en otros,

---

(34) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 217; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 267; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 236.

(35) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 219.



por continuidad. En el primer caso, los negocios son contemporáneos y todos contribuyen a la síntesis, a la realización de la causa fin; si lo hacen por continuidad, los negocios se suceden en forma temporal, uno respecto del otro, y esa secuencia contempla y alcanza la causa fin.

Es el caso de un paciente que celebra con su médico el contrato de prestación profesional, por lo general en forma verbal, mediante el cual el equipo se obliga a prestar su servicio profesional y el paciente a pagar un precio cierto en dinero o entregar todos los documentos para que sea pagado por quien corresponda, según su pertenencia a obra social o medicina prepaga. Junto a ese contrato es necesario que el paciente, después de un proceso de información clara, precisa y adecuada, y en ejercicio de su autonomía, celebre otro acto con su médico mediante el cual acuerdan que este procederá sobre el cuerpo del paciente en la forma y tiempos convenidos. Ese acto se combina con el contrato y ambos son necesarios, pues en su síntesis permiten obtener el resultado buscado. El contrato sin el consentimiento no puede producir sus efectos propios; a su vez, el consentimiento sin el contrato de nada serviría.

En nuestra opinión, lo esencial es diferenciar las dos órbitas del acto combinado para aplicar a cada una de ellas sus propios principios (36). Es un grave error confundir el contrato con el consentimiento (37), lo que ocurre, por ejemplo, cuando se afirma que es un acto de ejecución del contrato, en cuyo caso se está afirmando que es un acto jurídico patrimonial. Al respecto, se han fijado dos posiciones: quienes consideran que se trata de un acto jurídico y quienes entienden que es solo una autorización para la realización de un hecho material (38).

Una corriente en la que se enrola mayoritariamente la jurisprudencia francesa sostiene que constituye un contrato entre médico y paciente del que nace una obligación para el primero: obtener el consentimiento del

---

(36) Acerca de la disciplina especial que necesitan los negocios personalísimos, puede verse CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 150; MANTOVANI, Ferrando, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit., p. 253; BELLELLI Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 93. Quien mejor establece la existencia de los dos negocios es MÉMETEAU, Gérard, *Le droit médical*, Litec, París, 1985, p. 343; v. también TOBIAS, José, "El consentimiento del paciente en el acto médico", en ED 93-803.

(37) RAYMOND, Guy, "La procréation artificielle et le droit français", Rapport présentée au colloque des Facultés des Droit de Poitiers et Limagne, 1982, párrafo 4°, sostiene que en general estos actos quedan sometidos a las reglas de los contratos, aunque en el párrafo 1° encuentra escollos para admitir la licitud de algunos de ellos.

(38) Lo estudia también como consentimiento contractual FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.

paciente para intervenir sobre su cuerpo o partes renovables. El acto personalísimo resulta así un acto de ejecución de un contrato<sup>(39)</sup>. A nuestro entender se incurre en un error porque el consentimiento entre médico y paciente integra el período de formación del acto combinado; recién cuando se alcanza esa autorización queda perfecto. El contrato sin el consentimiento o este sin aquel no pueden producir efectos válidos, recién podrá apreciarse la validez o invalidez del acto, recién podrán las partes demandarse el cumplimiento de las prestaciones.

Una lectura diferente, con la que coincidimos de manera parcial, plantea un prestigioso autor en uno de sus trabajos relativos al tema cuando dice que el fenómeno que venimos estudiando “se sitúa ahora en el ámbito de los derechos personalísimos —donde la mayor parte de la *fattispecies* se ubican en el esquema unilateral del asentimiento autorizativo— con gravitación esencial de los principios de ‘extrapatrimonialidad’, ‘finalidad’ y ‘revocabilidad’ mientras la figura del negocio bilateral a título oneroso —y por ende materia de disponibilidad contractual— retrocede a un ámbito conceptual y operativo muy marginal”<sup>(40)</sup>. Coincidimos en cuanto destaca que hay un asentimiento con caracteres de extrapatrimonialidad, finalidad y revocabilidad y un negocio bilateral. Disentimos en cuanto para nosotros el asentimiento es un acto jurídico celebrado entre médico y paciente que se combina con el negocio bilateral que es el contrato de prestación profesional, que puede ser gratuito u oneroso, pero siempre será patrimonial.

## V.2. Caracteres

El acto personalísimo que integra el negocio combinado tiene los siguientes *caracteres*: es unilateral plurisubjetivo, complejo, gratuito, formal, típico o atípico.

Decimos que el acto personalísimo es unilateral, porque hay una parte, y plurisubjetivo, porque hay dos personas, modificando así nuestro criterio expresado con anterioridad. La pluralidad de personas, médico y paciente, no constituyen centros de interés distintos, deben tener un interés común que es la salud del paciente.

Estos actos deben ser *gratuitos*. La gratuidad hace a su esencia porque su objeto se vincula a la persona, su vida, su cuerpo. Los derechos personalísimos

---

(39) MÉMETEAU, Gérard, *Le droit médical*, cit., ps. 343 y 367; HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, *La relación médico paciente: El consentimiento informado*, cit., p. 69.

(40) TOBIÁS, José, “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Acad. Nac. de Derecho 2010 (septiembre), 20/1/2011, p. 5 - DFyP del 2/5/2011, p. 171. V. también CALVO COSTA, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, RCCyC 2017 (junio), p. 71 - DFyP 2017 (septiembre), p. 219.

que son el objeto mediato de estos actos no forman parte del patrimonio de la persona y tampoco están en el comercio. Prohibir el lucro significa proteger a la persona de sí misma, ya que una persona carenciada aun contra su voluntad, guiada por la necesidad, si se le ofrece una contraprestación puede someterse a cualquier tratamiento experimental, ablación de órganos, etc., de modo que se afecta su autonomía. Es necesario desterrar el espíritu de lucro, lo cual significa que no será posible convenir un precio ni tampoco acordar ningún reconocimiento dinerario que signifique un ingreso o evitar un egreso (41). Por supuesto, que cosa bien distinta es, por ejemplo, reconocerle al dador de un órgano o de sangre el derecho a no sufrir perjuicios económicos con motivo de la dación, para lo cual, será necesario repararle el lucro cesante que haya sufrido, por ejemplo, el salario caído, siempre que no sea utilizado como modo indirecto de contraprestación.

### *V.3. Cláusulas predisuestas en el consentimiento informado*

Los actos personalísimos que tratamos se perfeccionan usualmente mediante *condiciones negociales generales predisuestas*.

En el ámbito patrimonial el fenómeno moderno de la predisposición y adhesión fue determinándose al hilo de la eficiencia y rapidez en los negocios, y condujo casi de manera inexorable a la “masificación” (42). Al producirse la despersonalización por la masificación el fenómeno jurídico es distinto.

La predisposición es un fenómeno posible en todos los actos jurídicos, no solo en materia contractual, por lo que las normas que con acertado criterio nuestro Código Civil y Comercial incluye en los artículos 984 y ss. para regular el contrato por adhesión en un Capítulo separado al del contrato negociado, son aplicables por analogía, en todos los actos celebrado por adhesión a condiciones predisuestas, en especial a los actos personalísimos que con inusitada frecuencia se perfeccionan por predisposición e, inclusive, en ocasiones, por adhesión. Su contenido es predispuesto por el equipo de salud.

Las referidas normas definen el contrato por adhesión como aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984), luego, en el ar-

---

(41) En contra, TRIGO REPRESAS, Félix, *Reparación de daños por mala praxis médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 201.

(42) Término empleado por DÍEZ-PICAZO, Luis, “Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1979, para comprender todos los fenómenos producidos en el derecho civil como consecuencia de la expansión de la sociedad de masas.

título 985 se exige que las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y legible con facilidad. Deben tenerse por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Cada una de esas normas puede ser aplicable a los actos jurídicos celebrados por adhesión, tanto la noción como el régimen exigido para las cláusulas. Por caso, en los formularios predisuestos de consentimiento para actos médicos también hay oscuridad por la utilización de términos técnicos incomprensibles para un gran porcentaje de la población (43). En ese sentido hay que destacar la ventaja que supone la incorporación en el ordenamiento normativo argentino del artículo 59 del Código Civil y Comercial que, si bien criticamos en su acápito, es un gran adelanto en sus ocho incisos porque especifica el contenido que debe tener el consentimiento, como se verá.

En los actos personalísimos, frente a un lenguaje oscuro e incomprensible la sanción no debe ser solo una interpretación contra el predisponente porque, en estos supuestos, cuando ha habido ejecución del acto médico, el mal ya se ha producido, se han afectado los derechos personalísimos del paciente sin su voluntad informada y espontánea, lo cual no puede remediarse. Deben existir sanciones civiles, penales y administrativas para evitar la reiteración de tales actos abusivos.

Mientras la relación médico-paciente no se masifique al nivel que ha alcanzado en el ámbito patrimonial, creemos que la predisposición del contenido del acto no produce injusticia, siempre que el predisponente permita y, es más, requiera al paciente que formule de su puño y letra la causa subjetiva que lo mueve a la celebración del mismo y el grado de información y comprensión que alcanzó.

#### *V.4. Momento perfectivo del acto personalísimo*

El *momento perfectivo del acto personalísimo* relativo a los actos médicos se alcanza cuando el paciente, de acuerdo con el médico, emite su mani-

---

(43) A fin de evitar la predisposición de formularios de consentimiento con graves defectos, con buen criterio la Superintendencia de Servicios sociales dictó en el año 2014 la resolución que proporciona un modelo de consentimiento, que presenta la ventaja de estar correctamente redactado, porque hace intervenir al médico y al paciente y porque deja los espacios suficientes para ser completados en cada caso. No coincidimos con las críticas que se le formularan, ANDRUET (h), Armando S., "El consentimiento informado. Formas impuestas por la Superintendencia de Servicios de Salud", LL 2014-D-757.

festación de voluntad. A ella se puede arribar de manera instantánea o progresiva, según se produzca en un único momento o en sucesivas etapas de conversaciones, intercambio de opiniones, propuestas, diversas alternativas, entre el equipo médico y el paciente.

La literatura bioética, y también la doctrina jurídica, suelen definir el consentimiento informado como un proceso, se niega que sea un acto. Desde un punto de vista técnico jurídico no cabe más que considerarlo como un acto o como una declaración de voluntad, pues ese proceso al que suele referirse no es más que la etapa prenegocial, es el período de las tratativas preliminares, en el que las personas, cumpliendo los deberes propios de esa etapa, van alcanzado el momento perfecto.

#### V.5. Período prenegocial

El *período prenegocial* se extiende desde que el paciente se ha puesto en contacto con el equipo médico hasta el momento perfecto del consentimiento o hasta que decide apartarse en forma definitiva del asunto. Esta etapa de formación de la voluntad es aun de mayor importancia que en los actos patrimoniales. Es recomendable que, en estos actos, salvo que medie estado de necesidad, el paciente manifieste su voluntad después de un período de reflexión, tiempo en el que podrá meditar sobre la trascendencia del acto que realizará. Para ello es importante que tanto el equipo médico como el paciente cumplan adecuadamente con los deberes a su cargo (44) que se derivan de las tratativas previas al contrato de prestación profesional y al consentimiento, el deber de información, de consejo, de confidencialidad, por supuesto, todos vinculados a la buena fe que debe orientar estas relaciones.

El médico debe aportar al paciente los conocimientos científicos y los cuestionamientos éticos que se requieran para una reflexión seria y para la toma de decisiones. Es el *deber de información* que tiene el cuerpo médico y que ahora está previsto en el Código Civil y Comercial. En estos actos se torna muy exigente, de modo similar a lo que ocurre en los contratos que tienen por objeto mediato bienes o servicios de alta tecnología o especialidad científica (45).

---

(44) Así lo sostiene BANKOWSKI, Zbigniew, "Ética y salud", en *Salud Mundial*, Organó oficial de la OMS, abril 1989, p. 2; BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia - BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión", ED del 21/11/1985.

(45) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial", LL 2016-A-1021; BASSET, Ursula C., "El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El proceso informativo es un verdadero proceso de diálogo que el médico debe llevar adelante y documentar con corrección. Deben constar en la historia clínica los momentos en que el médico va informando y, en algunos casos, debe sintetizarse toda la información en el denominado consentimiento.

El artículo 59 del Código Civil y Comercial regula la información que debe brindarse al paciente para actos médicos e investigaciones en salud, y el artículo 58 cuando se trata de incorporar al paciente a un protocolo de investigación. Se receptan las reglas bioéticas en cuanto a que la información debe ser clara, precisa y adecuada, faltaría referir a veraz. En caso de investigación se debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios.

Según el artículo 59 la información que el médico brinde al paciente debe explicitar su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, y tantos otros requisitos que se detallan en los ocho incisos que conforman esa norma.

Por su lado, el artículo 58 prevé que la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumplen determinados requisitos que se explicitan en sus diez incisos. Esas investigaciones pueden, con frecuencia, ser verdaderas experimentaciones. La duda que se ha planteado es qué tipo de experimentación se regula en este artículo, la investigación y experimentación terapéutica, esto es, destinada a la sanación del enfermo o experimentación pura, es decir, orientada a la investigación básica (46). Habrá que ser cuidadosos en estos casos y la aplicación de la norma irá mostrando el mejor camino a seguir.

---

en un fallo de notables implicancias”, LL 2018-C-561; CALCAGNO, Liliana - VALENTE, Luis A., “Consentimiento informado y bioética práctica”, LL 2008-E-996.

(46) RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La experimentación en seres humanos. Reflexiones a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina”, LL 2017-C-876. Hay que tener en consideración el cuidado que los países desarrollados ponen en el control de las investigaciones. Por ejemplo, el Reglamento (UE) 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de abril de 2014 sobre ensayos clínicos de medicamentos de uso humano; v. también CHIEFFI, Lorenzo, “Per una disciplina uniforme a livello europeo della sperimentazione clinica”, en *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, nro. 4, 2016; BUCCELLI, Claudio, *Sperimentazione umana e tutela della persona*, *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, nro. 4, 2016.

En este artículo se establecen las exigencias de los protocolos de investigación, entre otras, tener aprobación de comités de ética en la investigación, autorización de las autoridades de la institución donde se realizará el proyecto. Además, se fijan algunas normas destinadas a la protección de los pacientes que voluntariamente se someten a la investigación (consentimiento informado, libre y revocable, no implicar riesgos o cargas desproporcionadas para el paciente, resguardar su intimidad).

Ninguna de las normas mencionadas ni el artículo 4° de la ley 26.529 prevé quién informa. Se omite establecer con énfasis, como hubiera correspondido, que el obligado a informar es el médico interviniente. La mera referencia del artículo 2° de la ley acerca de que todas las personas y efectores están obligados a respetar los derechos enumerados en él, no es clara para que surja la obligación personal del médico en relación con su paciente. En ninguna norma se alude al deber u obligación del médico de informar y solo se encuentra una mención indirecta en el artículo 5°, cuando dice que el paciente debe declarar su voluntad “luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”, que también debe ser la información *necesaria* (art. 2°), ni más ni menos, aquella información suficiente para que el paciente pueda adoptar decisiones adecuadas a su vida y salud. Resulta una omisión significativa que debe suplirse por que así lo impone el sentido común, la diligencia del médico, las reglas bioéticas. No es un empleado administrativo ni cualquier persona del equipo quien debe proporcionar la información, es el médico tratante el que debe informar clara y comprensiblemente al paciente y sobre todo de manera adecuada al nivel cultural del mismo.

La información no solo supone dar respuestas a los interrogantes que se plantee el propio paciente, sino que el equipo debe explicar las cuestiones más conflictivas para incentivar la reflexión y la toma de decisiones esclarecidas, debe promover un interrogatorio fluido tendiente a conocer la personalidad, los principios éticos o religiosos del paciente; las necesidades que tiende a satisfacer con el acto médico que realiza (47). Debe informarle sobre el tratamiento, tratamientos alternativos y consecuencias. Interesa que se brinde toda la información y las diversas implicancias acerca del derecho del paciente a su propio cuerpo y sus partes renovables, inclusive debe ser tan completa que le permita al paciente considerar si la decisión

---

(47) Un detallado estudio sobre la información al paciente puede verse en TOBÍAS, José, “Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, LL 2013-B-1022 - DFyP 2013 (mayo), p. 179.

que adopte puede afectar su proyecto vital (48). Debe informarle con claridad que el consentimiento es revocable en cualquier momento, en especial, cuando se requiere el consentimiento para participar en protocolos de investigación (49).

El médico debe respetar un derecho que integra el propio plan de vida del paciente: el derecho a no ser informado o a ser informado solo en parte. El artículo 2º de la ley 26.529 en su inciso f) enuncia el derecho del paciente “a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”. Es un difícil equilibrio que el profesional debe realizar; cuando percibe que el paciente no quiere ser plenamente informado, debe trasladar la información a la familia o a quienes están cerca del enfermo, al guardián o amigo próximo (50).

Complementando el deber de información se encuentra el *deber de consejo*, que ha sido siempre destacado en el contrato entre el profesional liberal y su cliente, y que subsiste todavía en las costumbres de nuestro país respecto de la relación médico-paciente por la confianza que se dispensa al profesional médico. Sin embargo, en las cuestiones vitales relativas al principio y fin de la vida humana, parece que el profesional debería abstenerse; el consejo se podría acercar a alguna indirecta coacción.

Por otra parte, en el período prenegocial y aun después, debe respetarse el *deber de secreto o confidencialidad*. Cuando un paciente consiente que se avance sobre su zona de reserva, establece una relación muy privada con el equipo médico, quien tiene el deber de mantenerla en el ámbito estricto de reserva en la que se originó. Este deber surge ahora con exigencia de la ley de protección de datos personales 25.326, de la ley de

---

(48) Es muy ilustrativo el fallo que condenó a pagar daños y perjuicios por no haberse informado de manera completa las consecuencias de una ligadura tubaria fracasada como consecuencia de lo cual nació un niño no deseado por sus padres (CNCiv., sala G, 19/12/2017, “V. P. V. J. y otro c. I. M. de O. S.A. y otros s/daños y perjuicios”, RCyS 2018-IV-114). V. ANDRUET (h), Armando S., “La información médica incompleta y la afectación a los proyectos de vida de las personas en respeto de su autonomía”, LL 2018-B-363. Acerca de la responsabilidad por daños y la relación de causalidad en estos casos, v. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “El consentimiento informado en la práctica médica”, JA 2001-III-1085.

(49) Ya lo decía la Declaración de Helsinki (18ª Asamblea Mundial de Medicina, Helsinki, Finlandia, 1964): Cap. III 4.b. “En cualquier momento durante el curso de la investigación clínica el sujeto o su guardián deben ser libres para retirar el permiso para continuar la investigación. El investigador o el equipo investigador pueden suspender la investigación si a su juicio ésta puede, si continúa, ser dañina para el individuo”.

(50) TANZI, Silvia Y. - PAPILLÚ, Juan M., “Los derechos del paciente y el consentimiento informado”, SJA del 10/9/2014, p. 20.



derechos de los pacientes (art. 2º, inc. d]) y del Código Civil y Comercial (art. 58, inc. h]) (51).

Hasta ahora hemos puesto la mirada en los deberes del equipo médico, pero el paciente tiene, a su vez, deberes que cumplir, aunque en menor medida. En esta etapa previa al consentimiento el *deber de colaboración* es importante y debe ser espontánea, una verdadera manifestación de voluntad, luego, en la etapa de ejecución del contrato sigue siendo fundamental y si no la presta puede liberar al equipo médico de responsabilidad por los resultados de la práctica. Si en las tratativas previas se observa un paciente remiso a prestar colaboración, es aconsejable que el equipo se aparte de las tratativas, no trate de influir para obtener una autorización que resultará viciada. De ese modo se libera de la responsabilidad posterior (52). Piénsese, por ejemplo, en el caso ocurrido en una hospital escuela en el que un paciente diabético en etapa muy avanzada de su enfermedad se resiste a ser amputado, aunque los médicos le expliquen por todos los medios posibles que la amputación es la única salida para salvar su vida, el paciente no colabora porque se niega a perder sus extremidades, y finalmente, después de una persistente influencia de los cirujanos sobre la voluntad del enfermo concretan la amputación, sin intervención de ningún comité de bioética hospitalario. Otro ejemplo claro sería el de un matrimonio que está en vías de consentir una práctica de procreación asistida y uno de los cónyuges retacea de manera muy evidente su colaboración, lo que demuestra poca espontaneidad en sus manifestaciones de voluntad. En ese caso, los profesionales deberán ser exhaustivos en la información y si no observan una modificación sustancial en la conducta, deberán abstenerse, al menos por el momento, de proseguir las tratativas para obtener el consentimiento del cónyuge remiso.

## VI. Estructura del acto personalísimo

Para analizar la *estructura del acto jurídico personalísimo* hemos de referir a los elementos que hacen a su existencia, es decir, los elementos estructurales (manifestación de voluntad, objeto y causa) y *a posteriori* los presupuestos de la voluntad, es decir, la capacidad y la forma.

---

(51) Puede verse con provecho MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente", LL 2013-E-609.

(52) Tal lo resuelto por la CNCiv., sala A, 9/5/1986, "Farías Julia c. Albizzati Víctor", LL 1986-C-219, cuando dice: "Si la paciente se presentaba lúcida, coordinaba los movimientos aun cuando debía estar mareada, el médico no podía privar de su libertad personal a la paciente y disponer su inmediata internación por la fuerza. Aun cuando creyera en la necesidad de inmediata internación no lo puede hacer por la fuerza".

Este análisis tiene sin lugar a duda un gran interés teórico, como aporte a una sistematización, pero reviste también importancia práctica, ya que la carencia o ilicitud de esos elementos determinan la invalidez del acto. En los actos personalísimos, siendo esencialmente revocables, podría argumentarse que el interés práctico disminuye, pues la alegación de invalidez es innecesaria, ya que existe la posibilidad de revocación por quien haya consentido. Sin embargo, el interés persiste, porque después de realizado el acto, cuando ya no es posible la revocación, puede peticionarse la nulidad del consentimiento para hacer efectivas las sanciones civiles, penales y administrativas.

### *VI.1. Manifestación de la voluntad*

El primer elemento es la *manifestación de voluntad* que resulta esencial en el acto personalísimo. De acuerdo con la regla general debe reunir los siguientes requisitos: discernimiento, intención y libertad; ausencia de vicios; espontaneidad; concordancia entre voluntad interna y manifestada; capacidad en el sujeto; exteriorización. Todos estos aspectos deben ser examinados con cuidado en cada acto particular.

La validez del acto personalísimo exige voluntad libre y espontánea. La persona debe tener voluntad en cuanto a la manifestación y en cuanto al contenido, pero en ocasiones la voluntad interna, ya sea de la manifestación o del contenido, no concuerda con la voluntad manifestada, creando así el problema de determinar cuál de las dos voluntades debe prevalecer.

Para comprender en plenitud un acto humano voluntario, aun en el mundo jurídico, debería examinarse el proceso psicológico de formación de la voluntad del agente. Es imprescindible también resolver cuál es la voluntad del sujeto que prevalece, la interna o la declarada, sobre todo cuando no hay coincidencia entre ellas. En la doctrina argentina fue Henoch Aguiar quien distinguió en el proceso volitivo cinco fases: concepción, representación, deliberación, decisión y ejecución. En los actos personalísimos esa investigación psicológica es imprescindible en cada caso concreto, porque debe determinarse con la mayor precisión si el agente ha obrado con espontaneidad y voluntad sana.

Las teorías clásicas, voluntarista y declaracionista, trataron de resolver el problema, de un modo absoluto. En una sintética explicación, la teoría voluntarista sostiene que existiendo discrepancia entre la voluntad interna y la exteriorizada debe estarse a lo que resulte de la voluntad verdadera, la interna. Por su parte, la declaracionista no repara en la voluntad interna, toma en cuenta la voluntad exteriorizada, como medio para dar certeza a

los negocios. Como superación de la teoría voluntarista, la doctrina de la responsabilidad considera que debe primar la voluntad interna, pero, si existió dolo o culpa del declarante, el negocio es válido, pero debe desobligárselo, claro que indemnizando daños y perjuicios. Al contrario, si nada puede reprocharse al declarante, el acto es nulo (53). Por su parte, a fin de morigerar la teoría declaracionista, la teoría de la confianza, mayoritaria en el derecho patrimonial (54), estima que cuando el agente exterioriza su voluntad crea expectativas en las personas a las que va dirigida, porque genera en ellas la confianza en que la voluntad declarada es la propia del agente, de modo que es esa voluntad declarada la que va a prevalecer por la confianza suscitada y producirá los efectos que le atribuye el ordenamiento normativo aunque el agente sostenga que su voluntad interna era otra. Salvo casos expresamente exceptuados, el hombre queda vinculado por la manifestación de su voluntad, por la creencia suscitada en los otros.

El Código Civil y Comercial ha adoptado una postura intermedia, con preeminencia de la postura voluntarista, aunque toma en cuenta también los ajustes propios de la teoría de la confianza en razón del principio de la buena fe en el tráfico jurídico (55).

En el ámbito de los negocios patrimoniales es justo aplicar la teoría de la declaración, porque respeta el vínculo obligatorio nacido en virtud de la exteriorización de las voluntades, sin que ninguno de los agentes pueda alegar la falta de coincidencia entre voluntad interna y declarada. Debe respetarse el principio básico de protección de la confianza. En cambio, en los actos personalísimos es más correcto adherir a la teoría de la voluntad.

Respecto de la voluntad negocial, comparando los actos patrimoniales y los actos personalísimos del matrimonio y el testamento, se ha observado que el legislador es más severo respecto de la voluntad y más amplio en cuanto a la capacidad (56). Este es el principio que debe regir también en

---

(53) STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 131; ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, cit., p. 60.

(54) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., ps. 51 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 130; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 53; PIETROBÓN, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

(55) BENAVENTE, María Isabel, "Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit. Acerca del tema en el Código derogado, v. PIÑÓN, Benjamín P., "El acto jurídico en el Código Civil Argentino luego de su reforma por el decreto-ley 17.711/68", *Revista del Notariado* del 1/1/1976, p. 47.

(56) ¿Cómo puede saberse que una persona por haber llegado a una determinada edad alcanzó madurez para razonar, comprender y valorar? Al respecto es ilustrativo el fallo de

los actos personalísimos de disposición del propio cuerpo (57). Por ejemplo, en un caso de trasplante de órgano de persona viva a persona viva, el equipo médico o el receptor del órgano no podrían argumentar que debe protegerse la confianza suscitada en ellos respecto del perfeccionamiento del acto si el dador retrotrae su declaración alegando que su voluntad interna era diferente a lo que manifestó. En caso de discrepancia, debe primar la voluntad interna y respetar la decisión última del dador. Por otro lado, resulta estéril defender la prevalencia de la voluntad declarada, por cuanto si en el caso concreto se pretendiera hacerla prevalecer, el agente tendría disponible, de todos modos, el recurso a la revocación, en tanto lo declarado no concordase con su querer interno. Este es el principio en materia de testamento (58), la voluntad interna prevalece porque no hay terceros que puedan alegar protección de la confianza. Se puede coincidir con Messineo en tanto fundamenta en la falta de una exigencia de orden social la aplicación de la teoría de la voluntad en los actos gratuitos, *mortis causa*, de derecho personal y familiar.

El Código Civil y Comercial incluye en el artículo 260 los presupuestos del acto voluntario “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”. Aun cuando pueda aparecer como una conceptualización impropia de un Código es una enunciación importante. Entre los tres elementos hay que diferenciar, por un lado el discernimiento que es esencial, es decir, la aptitud del sujeto para apreciar y juzgar sus acciones y las consecuencias de las mismas (59); la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias (60). Ante la falta de discernimiento no hay acto voluntario. Por otro lado, están la falta de intención y libertad en el agente. Si carece de ellas al celebrar el acto, a diferencia de la falta de discernimiento, se concreta un acto voluntario, pero viciado.

---

la Corte Suprema que frente a la posibilidad de autorizar a una joven a la que faltaban dos meses para llegar al límite legal para donar un órgano a su hermano, dijo: “Nada indica razonablemente que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora (ver nota de elevación del proyecto), pueda experimentar un cambio relevante”, C.S.6-11-80, autos “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1299.

(57) BELLELLI, Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 93. También respecto del matrimonio se sostiene la prevalencia de la voluntad interna, v. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Consideración sobre el consentimiento matrimonial en el proyecto de reforma de la ley 2393”, LL 1987-A-486.

(58) MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires. 1971, t.VII, p. 81; FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, cit., p. 79; ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, cit., p. 60; BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 206.

(59) BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, cit., t. I, p. 47.

(60) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 37.

La teoría de la voluntad en este asunto se encuentra frente a una disyuntiva, debe optar por una de estas dos posibilidades: determinar en abstracto cuáles son las personas que carecen de aptitud para apreciar las consecuencias de sus actos y fijar principios generales que no admitirán prueba en contrario (sistema rígido) o permitir el análisis en concreto de cada sujeto, en cada situación (sistema flexible).

En los actos personalísimos vinculados a la relación médico paciente un consentimiento verdaderamente razonable y claro parece ilusorio, como se ha sostenido en la doctrina francesa, pues el objeto sobre el que recae es hasta mal conocido por el médico. Sucede que, "Frente al paciente, inerte y pasivo, el médico no tiene de ninguna manera el sentimiento de tener frente a sí a un ser libre, a un igual, a un par, que él pueda instruir verdaderamente. todo paciente es y debe ser para él como un niño a consolar..." (61).

En suma, en los negocios personalísimos se requiere para que haya acto humano voluntario que la persona goce de perfecta discreción de juicio. El paciente debe también obrar con plena libertad y tener la posibilidad de elegir entre varias determinaciones. La voluntad debe estar exenta de vicios, ya sea que afecten la intención (como el error y el dolo) o la libertad (como la fuerza, intimidación o estado de necesidad).

## VI.2. Caracteres

La *espontaneidad*, como se dijo, es un requisito importante en los actos personalísimos (62). Espontáneo es todo obrar del hombre que lo autoinicia en una actividad, sin estimulación externa inmediata. El agente responde a un impulso interior y, en lo inmediato, se encuentra libre de interferencias humanas o distribuciones de la naturaleza.

En los actos personalísimos vinculados a la relación médico paciente hay que verificar que no exista una estimulación externa producida por el mundo circundante, por las influencias humanas difusas, que determinen la voluntad del paciente. Debe verificarse que el equipo médico no ejerza estimulación sobre el paciente utilizando su autoridad profesional, como se vio más arriba. Estas interferencias no alcanzan a constituir ninguno de los vicios de la voluntad, pero se deben considerar un vicio específico de estos actos, como pudo ser el temor reverencial en el matrimonio. Un

(61) MÉMETEAU, Gérard, *Le droit medical*, cit., p. 349.

(62) Sobre el tema es provechoso ver MANTOVANI, Ferrando, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit., ps. 281 y ss., y BELLELLI, Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., ps. 55 y ss. Estos autores desarrollan extensamente el tema respecto de la experimentación humana.

modo frecuente de afectar la espontaneidad consiste en ofrecer contra-prestaciones dinerarias por disponer de órganos o partes renovables del cuerpo o por la utilización del mismo. En algunas personas, generalmente necesitadas, la expectativa de obtener una ventaja patrimonial puede obrar como sugestión o instigación, tal, por ejemplo, la persona que es dadora de sangre, de material genético por precio o la mujer que se ofrece como madre sustituta o gestante.

La voluntad debe ser espontánea y manifestada en el momento del perfeccionamiento del consentimiento. Cuando se trata de prácticas médicas de ejecución diferida o continuada como sería la guarda de embriones congelados en un banco y sus posteriores implantaciones en la mujer, como se va afectando el derecho a la vida o la integridad física de la paciente en momentos sucesivos, posteriores a la guarda para implantación, la espontaneidad debe mantenerse en los distintos momentos. La espontaneidad debe ser el impulso de la voluntad en cada momento. Aplicación de este principio se encuentra en el artículo 560 que dispone: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".

La ley argentina de trasplantes de órganos ha considerado la espontaneidad como elemento de la voluntad al autorizar al dador para revocar su manifestación de voluntad hasta el tiempo mismo de comenzarse la ablación en los casos de trasplante de persona viva a persona viva (63). Sin duda que este elemento diferencia notoriamente el acto patrimonial del personalísimo, pues salvo casos excepcionales, los contratos no se extinguen por voluntad de una sola parte y sin expresión de causa, se extinguen por distracto o por las causas previstas en el mismo contrato o en la ley.

La exigencia de voluntad espontánea renovada momento a momento en los negocios personalísimos de tracto sucesivo, en nuestra opinión, constituye un obstáculo más para admitir la posibilidad de utilización de úteros sustitutos. No se puede concebir de qué manera una madre sustituta podría revocar su voluntad para continuar con el embarazo una vez comenzado si decidiera que ya no es su voluntad colaborar en la gestación. No podría hacerlo porque se ponen en colisión el derecho de la mujer a revocar su manifestación de voluntad y el derecho a la vida del niño en gestación.

---

(63) El art. 13 reformado por la ley 23.464 dice: "El consentimiento del dador no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserva capacidad para expresar su voluntad. La retracción del dador no genera obligación de ninguna clase".

La falta de espontaneidad en el momento perfectivo del negocio produce su nulidad por vicio de la voluntad, en cambio, si la persona modifica su voluntad respecto del consentimiento ya otorgado se autoriza la revocación de esa manifestación.

### VI.3. *Capacidad*

La manifestación de voluntad para el perfeccionamiento del acto jurídico exige *capacidad* en las personas, es un presupuesto del consentimiento. Sabido es que la capacidad jurídica o de derecho es la aptitud para ser titular de poderes y deberes jurídicos, y la capacidad de hecho o de ejercicio es la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos. Respecto de ambas capacidades las leyes establecen distintos regímenes.

En nuestro país el Código Civil y Comercial ha modificado de manera sustancial el régimen de la capacidad de ejercicio. En el artículo 23 fija el principio general: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”, y en el artículo 24 enumera las personas incapaces de ejercicio que son: la persona por nacer; la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la misma sección y capítulo del Código, y la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Respecto de la capacidad de ejercicio en los menores de edad se ha incluido un régimen peculiar, bastante resistido en la sociedad, que, receptando el principio de la autonomía progresiva, establece en el artículo 26 que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. A renglón seguido incorpora ciertas presunciones respecto de los actos personalísimos del sector físico que pueden realizar por sí los adolescentes. La norma no alude en ningún momento a la capacidad porque, según explica la doctrina, en realidad refiere a la *competencia* que se acuerda a determinados adolescentes (64).

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para resolver por sí determinados tratamientos. Resuelve por sí mismo los tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. En cambio, “Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está

---

(64) FLAHERTY, Lily R., “La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, p. 1, AR/DOC/3837/2014.

en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico". A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Son normas que ameritan un largo comentario, pero en este trabajo solo basta decir que sugieren cierta carencia respecto de los adolescentes en cuanto no se los protege de sí mismos, de las malas decisiones que puedan adoptar por su falta de experiencia en tema tan delicado como son los derechos a la vida y la salud.

Las personas humanas incapaces y las personas jurídicas pueden actuar en el mundo jurídico mediante la *representación legal u orgánica*, respectivamente, y las personas humanas, como regla, pueden actuar mediante la *representación voluntaria* (art. 358, Cód. Civ. y Com.).

Se ha dicho que la representación es la situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas (65), o bien, que es una "institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes" (66). Esta institución es siempre un capítulo importante en la teoría general del negocio jurídico y, en este trabajo, la abordamos para evidenciar las diferencias de los actos personalísimos frente a los patrimoniales, dado que en los actos personalísimos vinculados al propio cuerpo de la persona o a sus partes renovables es necesario preguntarse cuál es el mejor modo de protegerla, si acordándole la posibilidad de manifestar su voluntad por medio de representante o impidiéndolo.

Como principio general, el representante legal o voluntario que puede actuar en nombre y en interés del representado en el ámbito patrimonial, no puede hacerlo respecto de los actos personalísimos (67) porque requie-

---

(65) DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 64.

(66) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 52, citando a ROCA SASTRE, R. M. - PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, t. L, p. 114.

(67) Cfr. BELLELLI, Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 97; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 213; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, cit., p. 81; DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, cit., p. 91, no admite representación para los actos que involucren derechos sobre el propio cuerpo, pero sí para otros derechos personalísimos.



ren de la voluntad “actual” del interesado y, como se dijo, es necesaria la espontaneidad. Si la persona pudiera actuar por representante, como este manifiesta su propia voluntad dentro de los límites de las facultades que se le confirieran, podría no coincidir con la actual del representado en el momento que se otorga el acto y, por tanto, estaría obligándolo a soportar lo actuado o a emplear una diligencia no habitual para revocar sus instrucciones, tantas veces cuantas cambie de parecer. Surge entonces una notable diferencia con los actos patrimoniales para los cuales la representación es una institución no solo admitida, sino necesaria y beneficiosa. En los personalísimos es excepcional y se emplea solo como un mal menor (68).

El artículo 59 del Código Civil y Comercial establece precisiones respecto de las condiciones de capacidad que la persona debe reunir para actuar por sí en la relación médico paciente diferenciando las prácticas vinculadas a protocolos de investigación. Esto es lo que trata en primer lugar: “Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite”. Esta norma viene a resolver un intrincado problema en cuanto a la investigación en personas no plenamente capaces. Como regla no deberían ser incluidas en protocolos de investigación, pero quedarían grandes franjas de pacientes respecto de los cuales la medicina no podría avanzar por falta de investigación. La solución adoptada por el Código Civil y Comercial parece razonable en cuanto asegura que la discapacidad se complementa con el régimen de apoyos organizado en el mismo Código (arts. 43 y ss.).

En el segundo párrafo el artículo que comentamos aborda la cuestión en todas las personas capaces. “Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario”. Deja a salvo la exigencia legal que se puede imponer por razones de bien común, por ejemplo, la vacunación en caso de epidemia o para prevenir epidemias.

Por último, se ocupa de la persona imposibilitada de expresar su voluntad en absoluto, es decir, la persona inconsciente que se encuentra en estado terminal, en una “situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”. Allí se diferencian tres supuestos diferentes: que la persona haya dejado directivas anticipadas, que no lo

---

(68) “Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimos no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, ello no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial (voto de los Dres. Frías y Guastavino)”, CS, 6/11/1980, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284.

haya hecho, pero se encuentre el representante legal, o que no existan directivas y tampoco se localice alguna de las personas que puede actuar como representantes.

En el primer caso, si el equipo médico cuenta con las directivas anticipadas deberá seguir las instrucciones del paciente, con las observaciones que se verán más abajo. En caso contrario entra en ejercicio el representante legal. Dice el artículo: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente”. El orden de actuación es el que informa la norma, se comienza por el representante legal y puede llegarse hasta la persona que acompaña al paciente, en cuyo caso el legislador ha señalado que quien acompaña al paciente debe ser allegado, no cualquier persona, si no reviste ese carácter debe proceder el equipo como lo indica la última parte del artículo. Si no se presentan ninguno de los primeros supuestos, se emplea el criterio del *triage*, que es el criterio jurídico que denominamos estado de necesidad y está ahora plasmado en el artículo 1718, inc. g), del Código Civil y Comercial. Dice el último párrafo del artículo 59: “En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”. Es decir, se causará un daño al paciente porque se procede sobre su cuerpo sin su consentimiento, pero solo a fin de evitarle un mal mayor.

Cuando el paciente se encuentra en estado terminal porque sufre una enfermedad irreversible e incurable o bien porque *haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*, el equipo de salud enfrenta dos cuestiones problemáticas. Por un lado, que el paciente haya dejado directivas anticipadas en las que incluya una solicitud de que se le practique eutanasia. En nuestro país esta cuestión quedó resuelta legalmente en el artículo 60 del Código Civil y Comercial que prohíbe la eutanasia activa: “Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”. Por otro lado, el paciente tiene, según el inc. g) del artículo 59, el “derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable...”. Este inciso refiere a las prácticas ortotanásicas y explicita un fuerte rechazo a las distanásicas (69).

---

(69) En contra, puede verse LAFFERRIÉRE, Jorge N. - ZABALETA, Daniela B., “Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema”, LL 2015-D-114 - DFyP del 3/9/2015, p. 251.

La literatura bioética y del denominado bioderecho (70) consideran ortotanasia a la muerte de un paciente terminal que se produce por una omisión, por no suministrar un tratamiento extraordinario o desproporcionado o por interrumpir el que se hubiere comenzado. Distanasia es la práctica contraria, significa mantener con vida al enfermo terminal mediante tratamientos extraordinarios, que suelen denominarse encarnizamiento terapéutico.

Como puede apreciarse, estas prácticas médicas pueden ser instrumentos que beneficien o perjudiquen la calidad de vida y la salud del paciente (71). La distanasia implica darle al paciente terminal cantidad de vida de mala calidad, en cambio, la ortotanasia, al evitar tratamientos extraordinarios, por lo general, complejos y traumatizantes, permiten que el paciente concluya su vida naturalmente, cuando lo indique su ciclo vital (72). Es cierto que tendrá menos cantidad de vida, pero de alguna mejor calidad. En consecuencia, si el paciente dejó directivas anticipadas en el sentido de la norma, el equipo deberá cumplir esa orden, si no lo hizo, deberá acatar lo que decidan los representantes del paciente según antes se dijo, y, no habiendo ni lo uno ni lo otro, el equipo deberá proceder respetando lo dispuesto en el inc. g), es decir, no sometiendo al paciente a prácticas distanálicas.

#### VI.4. Exteriorización de la voluntad

Sabido es que el acto jurídico, de manera imprescindible, para existir como tal, requiere la exteriorización de la voluntad del sujeto o sujetos intervinientes, tal como lo expresa el artículo 260 del Código Civil y Comercial. La exteriorización es la *forma del negocio*. Esa forma esencial puede lograrse por simple comportamiento, conductas del sujeto que exteriorizan su voluntad o por comportamiento declarativo, es decir, por signos inequívocos del lenguaje (fonéticos, mímicos, escritos).

Dado que el acto jurídico ha sido calificado como el paradigma de la autorregulación de los intereses privados, parecería que, como corolario, los sujetos deben poder elegir la manera de exteriorizar su voluntad en ejercicio de su autonomía. Sin embargo, en ocasiones, el legislador interviene, fija con diversos grados de exigencia, una forma de exteriorización. Cuando la ley establece las solemnidades que deben observarse en el momento de la celebración del acto, forma legal, limita la voluntad de los sujetos, estable-

---

(70) Usamos esta expresión con los mismos reparos de HOOFT, Pedro F., “¿Bioética y derecho o bioética y bioderecho? Bioderecho: una crítica al neologismo”, JA 2003-III-971.

(71) V. MAGLIO, Ignacio - WIERZBA, Sandra M., “El derecho en los finales de la vida. Muerte digna”, LL 2015-E-663.

(72) ANDRUET (h), Armando S., “Elementos para una heurística adecuada del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema de la Nación (el caso ‘M. D.’)”, SJA del 19/8/2015, p. 61.

ce un plan. La finalidad perseguida es garantizar la seriedad, univocidad, claridad de la exteriorización de la voluntad y permitir la perdurabilidad de la prueba del negocio. En principio parece que se trata de asegurar a las partes, sin embargo, en mayor medida la finalidad es la protección de la confianza, es una garantía para los terceros, pero ello varía según se trate de negocio patrimonial o personalísimo. En el primero se protege la confianza, las expectativas suscitadas en los otros. En la actualidad, la forma legal lleva implícita esa finalidad. No obstante, en el ámbito extrapatrimonial y personalísimo, las solemnidades se justifican fundamentalmente como un modo de proteger al sujeto del negocio contra los demás, lo demás y contra sí mismo. Debe imponerse una forma al negocio personalísimo para proteger al paciente y sus parientes impidiendo que se obtengan autorizaciones de manera apresurada, sin verdadera información, y se manifieste una voluntad no espontánea (73). Como en todos los actos jurídicos trascendentes para la persona, la exigencia de ciertas solemnidades conceden el tiempo necesario para la reflexión.

La forma legal puede requerirse como presupuesto para la validez del negocio o para su eficacia. Cuando es exigida para la validez, se dice que el acto es formal solemne, si se la exige para la eficacia, es formal no solemne. En el primer caso, no cumplida la forma legal el acto resulta nulo, en el último supuesto es relativamente ineficaz, puede alcanzarse la forma en un momento posterior.

El Código Civil y Comercial exige en el artículo 58, inc. g), la forma escrita para el consentimiento informado en la inclusión de pacientes en protocolos de investigación, no indica forma para las demás prácticas médicas, solo se dice en el artículo 55 que el consentimiento no se presume. Al respecto se ha afirmado que quien resulte imputado de la violación de un derecho personalísimo puede demostrar que el consentimiento fue prestado por su titular en forma tácita, siempre que resulte de actos por los cuales se pueda conocer con certidumbre (art. 264) o incluso por vía del silencio, en tanto se den las excepcionales hipótesis contempladas en el art. 263.

Por tanto, para todos los demás casos no previstos en el Código debe recurrirse a la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 que en el artículo 7° admiten el consentimiento verbal pero establecen una importante enumeración de prácticas en las que debe ser escrito *a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos*

---

(73) AIZENBERG, Marisa - ROITMAN, Adriel J., "Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional", LL 2010-A-826.

*invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.* De modo que la indicación más razonable es que el equipo médico, ante la duda, lo formalice por escrito y esté firmado por el paciente y el médico.

Ese artículo es minucioso en cuanto a los detalles que debe incluir el documento de consentimiento. Exige una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico-sanitario de las actividades que se realizarán al paciente, redactada en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, su familiar o representante o persona vinculada habilitada puedan comprender, omitiendo metáforas o sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos o puedan ser mal interpretados. Incluye, además, una exigencia relevante porque supone una aproximación a la verdadera naturaleza jurídica del consentimiento informado cuando prevé que el instrumento escrito debe ser firmado por el profesional tratante junto al paciente o la persona que lo haga en su representación en los casos admitidos. El consentimiento debe integrarse con la historia clínica, pues se exige que sea agregado a la misma en la que también debe agregarse el acta que se labre en los casos de pacientes terminales que rechazan tratamientos extraordinarios según el inc. g) del artículo 5° de la ley.

En síntesis, el ordenamiento normativo argentino admite la forma verbal para algunos actos jurídicos personalísimos y para muchos otros la forma escrita en instrumento privado descartando la forma instrumento público, inclusive para las directivas anticipadas respecto de las cuales tanto se trabajó por parte de algunos profesionales del derecho.

### VI.5. Objeto

En cuanto a la noción de *objeto del acto jurídico* es conocida la notable disparidad de opiniones en la doctrina y la legislación. Para algunos el objeto del negocio son las prestaciones o las cosas, para otros el contenido concreto del acto, o las relaciones jurídicas que nacen del mismo, o los intereses que pueden ser regulados por las partes. Se podría continuar enumerando múltiples doctrinas (74).

Para nosotros, el objeto del negocio es el contenido concreto e integral del mismo, aquello sobre lo cual recae la voluntad del agente, respecto de

---

(74) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., p. 161; NICOLAU, Noemí - HERNÁNDEZ, Carlos, *Contratos en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 165.

lo que se produce la autorregulación de los intereses privados (75). Es el elemento estructural que nos ha permitido diferenciar básicamente a los negocios personalísimos. La pregunta sobre el objeto es la pregunta acerca de qué quiere el sujeto. Una importante corriente doctrinaria cuestiona este concepto de objeto porque considera que confunde el contenido del acto con el objeto. Para sus partidarios, el objeto son las cosas o los derechos que se transfieren, inclusive las mismas prestaciones. En nuestra opinión, esta identificación estricta del objeto con las cosas es lo erróneo, el sujeto solo de manera mediata quiere las cosas, es tan erróneo que permite a algunos sostener, por ejemplo, que el objeto es elemento esencial de los actos jurídicos solo en los patrimoniales, porque hace surgir una relación entre las personas y las cosas, y que en los actos no patrimoniales, como el matrimonio, no es esencial el objeto porque no hay cosa, sino la creación de relaciones entre personas (76).

Sin duda que el análisis del objeto tiene suma importancia en la teoría general de los negocios patrimoniales, en especial porque es la clave para declarar la nulidad de los actos jurídicos que violan sobre todo el orden público. Pero en los demás actos jurídicos tiene también relevancia porque, en virtud de la autonomía privada, en cualquiera de ellos los agentes pueden perseguir la consecución de intereses que la sociedad reputa como ilícitos, en cuyo caso es posible descalificarlos por invalidez, a través de la inidoneidad o ilicitud del objeto.

El Código Civil y Comercial en dos artículos destinados al objeto del acto jurídico lo identifica con los hechos y los bienes, que para nosotros serían el objeto mediato del acto y fija sus dos caracteres esenciales posibilidad y licitud. En el artículo 279 establece: "El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea". Se recoge la noción de *posibilidad material* (77) que se deriva de leyes de la naturaleza, por ejemplo, no puede contratarse respecto de una cosa que no existe todavía, considerándola como existente. Se dice que un hecho es materialmente imposible teniendo

---

(75) Cfr. MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de derecho civil*, trad. Alcalá Zamora y Castillo, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 278, parte II, vol. I; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 193.

(76) Un concepto restringido de objeto ha llevado a STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 19, a sostener, equivocadamente, que el objeto es elemento esencial solo en los negocios patrimoniales porque hace surgir una relación entre las personas y las cosas. Se pregunta cuál es la cosa que constituye el objeto del matrimonio. No existe, dice, porque las nupcias crean relaciones entre personas.

(77) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., p. 166.

en cuenta una imposibilidad objetiva, no se atiende de ninguna manera a las limitaciones que pueda padecer el sujeto.

La licitud, según el art. 279, significa respecto de los hechos que no sean prohibidos por la ley, ni contrarios a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana (78). Respecto de los bienes la ilicitud consistirá en celebrar un acto jurídico respecto de un bien que por un motivo especial se haya prohibido que sea objeto de tales actos.

Respecto de la posibilidad del cuerpo humano de ser objeto de actos jurídicos ha existido una tradicional discusión en la doctrina en lo que se refiere a las partes separadas del cuerpo. Una corriente importante las consideró cosas y acabó en muchos casos subsumiendo todas las cuestiones en el régimen de los derechos reales y de los contratos. En el presente parece haberse superado en alguna medida la etapa más conflictiva porque se han admitido los actos de dación de partes renovables del cuerpo humano, como la leche materna, la sangre, los gametos femeninos y masculinos y hasta la dación de órganos humanos. No obstante, el Código Civil francés es muy elocuente en su artículo 16-5 al declarar que son nulas las convenciones que tengan por efecto conferir valor patrimonial al cuerpo humano a sus elementos o a sus productos.

El Código Civil y Comercial avanzó de manera notable en cuanto a ubicar en el justo lugar el derecho personalísimo del sector físico. En este sentido, el artículo 17 contiene una norma esclarecedora: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. Pero aun así se advierte que las categorías jurídicas son insuficientes (79). Lo que sí está claro, sobre todo ahora en nuestro Código, es que el cuerpo humano ni ninguna de sus partes renovables o no renovables son cosas(80), están en el ámbito de lo extrapatrimonial. Al respecto se ha dicho con acierto: “El ámbito de vigencia de la extrapatrimonialidad —configurativa de un derechos personalísimos

---

(78) Acerca de la importancia de incorporar a un Código de derecho privado el concepto de dignidad humana, ANDORNO, Roberto, “La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial”, DFyP del 8/8/2012, p. 232. Respecto de las diferentes miradas que pueden echarse a la dignidad, v. SCHOTSMANS, Paul, “Mijn waardigheid of de waardigheid van de menselijke persoon?” (¿Mi dignidad o la dignidad de la persona humana?), SJA del 11/12/2013, p. 52.

(79) LABRUSSE - RIOU, Catherine, “Biologie, bioethique et droit”, cit., p. 455.

(80) REVET, Thierry, “Le corps humain est-il une chose appropriée?”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nro. 3, 2017, ps. 587-592.

sobre las partes separadas del cuerpo— rige respecto de ellas ‘en cuanto tales’ (mientras mantienen su inicial sustancia). No es de aplicación cuando han experimentado transformaciones o cambios, pues en ese caso se transforman en cosas en que la onerosidad posterior tiene su causa en las actividades y procedimientos que alteran su sustancia inicial” (81).

Recientemente se recordó en la doctrina argentina el proceder del mundo occidental que pasó de una situación donde la idea de comercialización del cuerpo evocaba la esclavitud, a una situación donde ello está ligado al progreso médico o farmacológico: sangre, órganos, sustancias, enzimas, hormonas, anticuerpos, tejidos, material genético, todos pueden ser utilizados a los fines terapéuticos o científicos, inclusive puramente comerciales, haciendo del cuerpo humano una fuente de “materias primas” para la industria (82).

#### VI.6. *La causa*

Dentro de los elementos estructurales del negocio jurídico la doctrina mayoritaria incluye la causa. Como es sabido, el concepto de causa, igual que el de objeto, no es unívoco. El causalismo clásico, de Domat y Pothier confundían la causa con el objeto, considerando que “en el negocio ‘interesado’ la causa del compromiso que contrata una de las partes, está en lo que la otra parte le dé o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella” (83). La reacción anticausalista se produjo frente a la confusión de la causa con el objeto, propia de la teoría de esos juristas franceses. Se negó que la causa sea elemento esencial del acto jurídico pues bastaba con el objeto. El anticausalismo de origen belga, sostenido por Ernst, Laurent y Dabin se desarrolló durante la segunda mitad del siglo pasado y en nuestro país tuvo algunos seguidores, como Salvat y Llambías.

Superados en la actualidad el causalismo clásico y el anticausalismo, puede adherirse al causalismo subjetivo, al causalismo objetivo o a la teoría dualista o sincrética. Esta última parece resolver la problemática de

---

(81) TOBIÁS, José, “Los actos de disposición de partes separadas...” cit.

(82) BERGEL, Salvador D., “Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, cit., con cita de HERMITTE, M. A., *Commercialisation du corps et de ses produits*, en: *Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique*, Hottot B. - Misa, J. (edit.), Deboeck University, Bruselas, Bélgica, 2001, p. 207.

(83) POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, según la edición francesa de 1824, revisada por M.C. de las Cuevas, Heliasta, Bs. As., 1978, p. 32.



la causa de manera más justa. Reconoce que en todo negocio existe una causa subjetiva, entendida al estilo del neocausalismo, como motivo determinante, bilateralizado e incorporado expresa o implícitamente al mismo. Es la intención práctica perseguida por los agentes. El para qué del acto. Admite, también, que en el acto jurídico se encuentra una causa objetiva, un fin social que el derecho reconoce al negocio. En los contratos es el fin económico-social, en los actos personalísimos el fin social (84).

En el derecho positivo argentino la causa del acto jurídico está ahora tratada en los artículos 281 a 283. Interesa la noción que proporciona el 281: “La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. Se aclara que la causa es el fin inmediato perseguido por los sujetos del acto siempre que sea lícita. Se aclara, además, que los motivos individuales se elevan a la categoría de causa si son lícitos y están exteriorizados, para hacer posible el conocimiento de ambas partes.

En nuestra opinión, la causa es uno de los elementos estructurales que aportan mayor riqueza en el análisis de los negocios que tienen que ver con los actos médicos. La causa subjetiva es la que más aporta. En el acto personalísimo resulta conveniente admitir el motivo determinante unilateral, pues si ese móvil es ilícito, aun cuando no sea bilateralizado puede perjudicar la vida o la libertad de la persona. Por ejemplo, si un matrimonio presta su consentimiento para una práctica de procreación asistida porque ha coincidido con el equipo médico que el motivo determinante es lograr un embarazo exitoso en la mujer estéril, y luego se descubre que el móvil perseguido por el equipo era solo experimentar una nueva técnica sin porcentajes de éxito comprobado, podrá el matrimonio, si conoce el móvil antes de ser iniciado el procedimiento médico, recurrir a la revocabilidad del consentimiento, pero si ya se ha llevado a cabo, podrá accionar reclamando la anulación del consentimiento prestado, invocando error provocado por la falsedad de la causa y solicitar los daños y perjuicios que correspondan.

## VII. Vicisitudes del acto jurídico personalísimo. La revocación

El acto creado, en principio debe producir sus efectos, sin embargo, puede suceder que resulte ineficaz, como es sabido. La ineficacia puede ser inicial estructural o intrínseca, cuando es consecuencia de un vicio originario, o

---

(84) BARCELLONA, Mario, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Vicenza, 2015, p. 115; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., p. 179; GASTALDI, José María, “La causa ‘fin’: actualidad y utilidad”, LL 2010-D-943.

bien puede ser ineficacia sobrevenida, funcional o extrínseca, cuando el acto nace sin vicios, pero se produce con posterioridad un acontecimiento que le priva de todos o algunos efectos.

El Código Civil y Comercial prevé una categorización bien diferente. Toma como supuestos de ineficacia a la nulidad y la inoponibilidad, no menciona las otras causales que la doctrina clásica siempre receptó. El artículo 382, titulado Categorías de ineficacia, dice: “Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

Los actos jurídicos personalísimos vinculados con la vida humana pueden ser pasibles de nulidad pero, generalmente, se hace referencia a su revocación, que está prevista en el Código para los contratos (arts. 1077 y ss., Cód. Civ. y Com.). Es la extinción del acto por voluntad de una sola de las partes, en virtud de la naturaleza propia de los derechos subjetivos involucrados. Tanto el Código en los artículos 56, último párrafo, y 58, inc. f), como la ley 26.529 en el artículo 10 califican con insistencia al consentimiento como revocable.

En general, se sostiene que la revocación de un acto jurídico es un nuevo acto que celebra el sujeto facultado para hacerlo y, como tal, debe reunir todos los requisitos del primero. Sin embargo, puede no ser así en los actos personalísimos. Como regla para revocar el sujeto debe poseer capacidad, pues, si otorgó el consentimiento siendo capaz y luego cayó en incapacidad, ya no sería posible la revocación, sin embargo, debería tenerse por extinguido el acto si de algún modo es posible conocer su voluntad de revocar expresada en algún momento de sana crítica.

Como en el ámbito de los negocios personalísimos no se aplica el principio de protección de la confianza es posible un ejercicio muy amplio de la facultad de revocar. La intrínseca revocabilidad de los negocios personalísimos y extrapatrimoniales se observa en varias de sus especies, el testamento, la dación de órganos, la entrega del hijo en adopción.

En cuanto a la forma, como la revocación es acto accesorio, debería otorgarse con la forma del principal. No obstante, en los actos que involucran la vida humana, como están en juego valores muy altos, es válida la revocación ya sea que se realice por escrito, verbalmente y aun por manifestaciones indirectas. En general será preferible y aconsejable que la forma sea escrita, pero si ella no puede lograrse, es válida cualquier forma. Lo que debe tenerse en cuenta es que sea una nueva manifestación de voluntad no

viciada. En relación con la causa no es necesario alegar causa alguna para hacer procedente la extinción del acto.

Interesa determinar cuál de las personas puede revocar su voluntad en estos actos caracterizados como unilaterales plurisubjetivos. Si se faculta al paciente a revocar, de igual modo debe facultarse al equipo de salud. Es la solución más justa, por cuanto si el médico llega a la conclusión de que el paciente persigue una causa ilícita o no tiene renovada su voluntad, no es conveniente obligarlo a peticionar la nulidad del acto si puede extinguir la relación con el simple recurso a la revocación de su propia voluntad, siempre que su apartamiento no cause perjuicio a la vida del paciente. El artículo 2°, inc. a), de la ley 26.529 permite que el profesional actuante pueda eximirse del deber de asistencia, solo cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.

Surge también el problema de fijar los límites al principio amplísimo que se está reconociendo. Debe restringirse la posibilidad de revocar en la medida del daño que la revocación pudiera generar al paciente. Si existe la posibilidad de menoscabo en su salud, ninguna de las dos partes puede extinguir el negocio, el médico debe seguir actuando para evitar un mal mayor.

El derecho de revocar el consentimiento para que cumpla la finalidad que se persigue al reconocerlo no debe generar responsabilidad por daños. Si el paciente para revocar debe reparar el daño que la frustración del negocio genera al equipo médico, si no puede satisfacer la reparación se encontraría privado de la posibilidad de revocar y quedaría por tanto sometido a un acto médico sin voluntad actual y espontánea. Si hubiera mala fe en la revocación podría ordenarse la reparación, no más allá del interés negativo (85). Si en virtud del consentimiento prestado se han recibido servicios profesionales, como la revocación surte efectos hacia el futuro, ellos deben ser abonados.

Según la reglamentación de la ley 26.529 la revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante. Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente. Cualquiera que sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar

---

(85) Puede verse una opinión más flexible en HOOFT, Irene, "Breve panorama de la regulación de los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", JA del 4/10/2015.

esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de dos testigos.

### **VIII. Síntesis**

En síntesis, la vida humana, fenómeno cósmico e individual, fuertemente intervenida por los avances científicos tecnológicos es, en la actualidad, un constante desafío para el mundo jurídico.

En este trabajo la preocupación se centró en la relación médico-paciente, respecto de la cual el sistema de derecho privado ofrece instrumentos técnicos que pueden explicarla y regularla. Se entiende que esa relación constituye un acto jurídico personalísimo que merece diferenciarse de otros actos y declaraciones y exige reglas propias, a fin de proteger de manera eficaz a la persona y su dignidad. ◆

# LA DIGNITAS: PRINCIPIO Y VALOR CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS. LÍMITE A LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

POR JOSÉ W. TOBÍAS

Sumario: I. Nociones iniciales.- II. La noción de dignidad.- III. La dignidad y el derecho positivo argentino.- IV. Los cuestionamientos. Refutación.- V. La naturaleza de la dignidad.- VI. Algunas aplicaciones jurisprudenciales de la dignidad.- VII. La evolución semántica del término. - VIII. La dignidad como límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos.

## **I. Nociones iniciales**

Los dos artículos con que da comienzo el capítulo 3 (“Derechos y actos personalísimos”) del título I, Libro primero del Código Civil y Comercial, se refieren a la dignidad.

a) Dice el artículo 51: “La inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

La fuente del artículo puede encontrarse en el art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá, que establecía el principio de la inviolabilidad de la persona, que es reiterado en el párr. 1º del art. 10 del Código Civil de Quebec que agrega, además, la noción de integridad (“Toda persona es inviolable y tiene

derecho a su integridad”). El citado art. 51 agrega la referencia a la dignidad, que contempla el art. 16 del Código Civil francés, según texto de la ley de 1994 (“La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida”)(1).

b) El artículo 52, a su vez, dice: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Interesa destacar algunas particularidades del texto (2):

*b.1)* Opta por una vía particular para el reconocimiento de los derechos personalísimos: en lugar de enunciarlos con algún agregado que posibilite considerar que no son un número cerrado y establecer sus caracteres principales, como lo hace, por ejemplo, el Código Civil peruano (3), contempla la hipótesis de su lesión y las consecuencias que de ello resultan. Ello supone que el precepto contempla una de las facetas de los derechos personalísimos: la atribución de excluir a terceros de su intromisión o afectación y no la faceta positiva, es decir, la de ejercerlos y disponerlos limitadamente (lo hace, de todos modos, el art. 55).

*b.2)* otra característica es que el texto se circunscribe a mencionar algunos derechos personalísimos (“la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen e identidad”), omitiendo hacerlo con derechos trascendentes de esa naturaleza, como lo son el derecho a la vida, a la libertad o a la integridad física.

Independientemente de algunas referencias al derecho a la vida y a la integridad personal, que aparecen en los arts. 54 a 61 (y a que todos tienen rango constitucional), la omisión apuntada carece de significación: el menoscabo a la vida, a la libertad o a la integridad física constituyen menoscabos a la “dignidad personal” y, como lo establece el artículo, su menoscabo “de cualquier modo” da lugar a las acciones que este contempla.

---

(1) RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos”, en *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 1, nro. 0, ps. 150 y ss.

(2) TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, t. II, ps. 43 y ss.

(3) Art. 5°: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6°”.

b.3) es destacable, asimismo, que, con la sola excepción del derecho a la imagen, se ha omitido hacer una regulación pormenorizada de cada uno de los derechos personalísimos. Debe entenderse, por lo tanto, que se trata de una decisión deliberada de política legislativa, cuyo designio subyacente es que el perfil y los límites de cada derecho sean obra de la doctrina y la jurisprudencia.

El objeto de este trabajo es analizar una de las notas esenciales que se relacionan con la esencia de la persona humana (y, por ende, con su vínculo con los derechos personalísimos) como lo es su dignidad (la otra es su inviolabilidad), que proclaman ambos artículos.

## II. La noción de dignidad

Supone reconocer en la persona humana una cualidad que la distingue del resto de los seres vivos: se es persona por detentar un sentido ético con un valor en sí mismo, que es preexistente a las leyes positivas y que contiene una particular dignidad. Así considerada, esta no se presenta como un derecho (sobre ello, *infra* 5.1. (4), sino como una calidad “inherente” o “intrínseca” al hombre, cuyo reconocimiento exige la igualdad de todos ellos mediante igual reconocimiento de los derechos fundamentales inalienables (5). La *dignitas*, de ese modo, es el fundamento último de los derechos personalísimos: es el modo de ser del hombre —su “hominidad”— lo que constituye el título, el fundamento y la justificación de esos derechos, “lo establezca o no la legislación positiva y aun en contra de ella” (6) (*infra* 5.3).

El vocablo ocupa un lugar relevante en la historia de la filosofía y la teología (sobre ello *infra* VII) aunque puede decirse que su incorporación en el campo constitucional y más ampliamente en el jurídico es relativamente reciente. Se ha afirmado que ha sido dentro del cuadro de la Segunda Guerra Mundial que se realizó un terrible descubrimiento: un régimen inhumano que pretendía destruir lo que había de humano en el hombre: frente a esa “barbarie inigualable”, el derecho debía elaborar una nueva categoría jurídica a fin de que aquello no se repitiera nunca más (7).

---

(4) Sobre el tema, MOLFESSIS, Nicolas, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry (dirs.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, ps. 127 y ss.

(5) ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti delle vita*, Giuffrè, Milano, ps. 32 y ss.

(6) MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, p. 114; del mismo autor, “Garantismo y derechos humanos. En la propuesta positivista de Luigi Ferrajoli”, RDFyP 2-7-229 y ss.

(7) PAVIA, Marie L., “La découverte de la dignité de la personne humaine”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry (dirs.), *La dignité de la personne humaine*, cit., p. 6.

Así, “la dignidad de la persona humana” se va a convertir en el concepto jurídico que designe lo que hay de humano en el hombre: una noción inherente a todo miembro de la familia humana y todo lo que tienda a distinguirlo —es decir, a excluirlo de la comunidad humana— será considerado un ataque a su dignidad (8). En la segunda mitad del siglo pasado se suceden los documentos internacionales que proclaman el principio y se convierte rápidamente en la base de los ordenamientos jurídicos europeos.

Es la Ley Fundamental alemana de 1949 una de las primeras en proclamar la vigencia del principio. Dice su art. 1º: “La dignidad de la persona humana es intangible (...) En consecuencia el pueblo alemán reconoce a todo ser humano los derechos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y la justicia en el mundo...”. A su vez, la Constitución italiana de 1948, en el título dedicado a los “principios fundamentales” dispone: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales” (art. 3º).

En el plano nacional europeo, el derecho alemán va a influir, incluso, sobre países con regímenes autoritarios. La Constitución griega de 1975 proclama que “el respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial de la ley”, y la española de 1978 dice en su art. 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y los derechos del otro sin los fundamentos del orden político y de la paz social”.

La proclamación de la dignidad del hombre se extiende a las Constituciones de los países: Portugal de 1976 (art. 1º); Suiza de 1999 (art. 7º); Finlandia de 2000 (art. 2º); España de 1978 (art. 10.1); Ecuador de 2008 (arts. 11, 33, 45, 57, 21, 58, 329, 408, entre otros); Colombia de 1991 (arts. 1º, 53); Perú de 1993 (art. 1º); Chile de 1980 (art. 1º); Brasil de 1988 (art. 1º), etcétera.

Decía de manera premonitoria un autor en 1933: “El reconocimiento de la personalidad y de la dignidad humana habrá de ser en el derecho civil nuevo no solo la base sobre la que habrá de construirse el derecho de las personas, sino, también elemento constitutivo y renovador de los demás órdenes jurídicos” (9).

Las invocaciones a la dignidad son numerosas en los documentos internacionales y, como consecuencia de ello, ingresan de modo expreso

---

(8) Autora y obra citada en la nota anterior, p. 7.

(9) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un nuevo derecho civil*, Reus, Madrid, 1933, ps. 43 y ss.



en el derecho constitucional argentino mediante su incorporación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) (10).

La preservación de la dignidad, además, se constituye en el eje de las cuestiones bioéticas y ello explica su reiterada aparición en los documentos bioéticos. Así, por ejemplo, la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial declara que “en la investigación médica, es deber del médico de proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano”; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y Medicina (Oviedo, 2007) expresa en el preámbulo que los signatarios están “convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad...” y el art. 1º, a su vez, dice que “las partes en el presente convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad”. La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (Unesco, 2005), por su parte, establece que “... se deberían respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales...” (art. 3º) y “ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en

---

(10) Las referencias son reiteradas. La Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” (art. 11) y “a la dignidad inherente al ser humano” (art. 5º); Declaración Universal de Derechos Humanos: “Considerando que (...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a dos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...” (preámbulo); Convención sobre los Derechos del Niño: reitera en el preámbulo el párrafo transcrito; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: reitera también el párrafo transcrito y agrega: “... Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “...Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad...” (art. 13); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros (...) Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad...” (Preámbulo); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos...”; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “Considerando: Que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y la mujer...”; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: “Considerando que la desaparición forzada de personas constituye (...) una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana...”; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o degradantes: “...Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana...” (se refiere a “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”).

violación de la dignidad humana (...) a discriminación o estigmatización alguna” (art. 11).

### III. La dignidad y el derecho positivo argentino

La Constitución de 1853-1860 no hacía referencia expresa al término. La Reforma de 1957 incorpora el calificativo “digno” en dos ocasiones: las “condiciones dignas y equitativas de labor” en relación con los trabajadores (art. 14 bis) y el “acceso a una vivienda digna” que debe ser establecida por la ley (art. 14 bis). En la Reforma de 1994 se incorpora la prescripción de las “condiciones de trato equitativo y digno” al cual tienen derecho los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42).

La jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) de los documentos internacionales de que se ha hecho mención (nota 10) conduce a entender que la *dignitas* constituye, en nuestro país, un principio constitucional (11) que es reconocido por la Ley Suprema al ser inherente al hombre y, por ende, preexistente al ordenamiento jurídico. Debe agregarse que se está en presencia de un principio que forma parte del orden público del Estado (sobre ello, *infra* 5.2) (12).

Como principio constitucional que forma parte del orden público —un orden público humanista (13)—, la *dignidad* actúa, además —como se verá— como límite de la autonomía privada: cuando el objeto del acto jurídico la contraría, ello acarrea su invalidez. Así lo establece expresamente el art. 279 (y el art. 1004 en la materia contractual).

La incorporación de la noción de dignidad —como la de la inviolabilidad de la persona— supone un progreso relevante en el esquema del derecho

---

(11) En el derecho francés, ese carácter le ha sido reconocido por la Corte Constitucional de ese país en una decisión del 27/7/1994. Sobre el tema, PAVIA, Marie L., “La découverte de la dignité de la personne humaine”, cit., ps. 11 y ss.

(12) Algunas Constituciones Provinciales aluden también a la dignidad: Córdoba (Preámbulo —“Nos los representantes del pueblo de la Provincia de Córdoba reunidos [...] con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona...”— y art. 4º: “La vida humana desde la concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables”); San Luis (art. 11: “Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana”); Salta (art. 10: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles...”); Santa Fe (art. 7º: “El Estado reconoce a la persona su eminente dignidad y todos los órganos del poder están obligados a respetarla y protegerla”); Entre Ríos (art. 15: “La dignidad de la persona, los derechos inalienables que le son inherentes [...] son el fundamento del orden político y la paz social”).

(13) MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, RDFyP 2-11-238.

privado argentino: se adecua, como dijimos, a una tendencia creciente en el derecho comparado e internacional —reflejado en la recepción por las constituciones nacionales y los tratados internacionales— y, además, en las últimas décadas, en su incipiente aparición en los códigos civiles (seguramente, por las complejas cuestiones que plantean los avances científicos en el ámbito de la bioética) (14).

#### IV. Los cuestionamientos. Refutación

Debe señalarse que, no obstante lo expuesto, la utilidad o importancia de la dignidad ha sido materia de cuestionamientos con base en consideraciones diversas. Así, se dice que es “... *a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy...*” (en el sentido de que como los seres humanos tienen igual capacidad para sufrir, razonar y elegir, ningún ser humano tiene derecho a afectar la vida, el cuerpo o la libertad de otro (15) o que es una noción subjetiva e imprecisa que no está a la altura de las altas exigencias éticas que se le asignan, pues la noción es relativa (su significado es muy diverso); fungible (se está dispuesto a sacrificarlo por otros valores como la vida, la salud y la seguridad) y dañosa (determinadas concepciones autoritarias de la dignidad se imponen causando daños a un número de personas) (16); o que, desde la visión del sentido deontológico de la dignidad, no sería posible coincidir si determinadas actividades son “dignas” o “indignas” (17) o que, a diferencia de otros términos, la expresión remite inexorablemente a una evaluación en definitiva moral y es allí en donde aparecen respuestas distintas en razón del relativismo propio de los distintos criterios morales (18) o de

(14) ANDORNO, Roberto, “La persona humana en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial”, RDFy P IV-7-234.

(15) MACKLIN, Ruth, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, 327, 2003, p. 14.

(16) PINKER, Stephen, *The stupidity of dignity*, *The new Republic*, 28 de mayo de 2008, cit. por ATIENZA, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2009, ps. 78 y ss.

(17) GRACIA, Diego, “¿Es la dignidad un concepto inútil?”, JA 2008-IV-1055.

(18) HOERSTER, Norbert, “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, en HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, cit. por SAGÜÉS, Néstor P., “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, JA 1994-IV-904. En sentido similar, se interroga MOLFESSIS, Nicolas, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, cit., p. 125, ¿puede deducirse de la dignidad un derecho al aborto o contrariamente que se opone a él? ;Justifica la eutanasia o la condena? y ARREGO, Gonzalo (“El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación jurídica”, en CHUECA, Ricardo [dir.], *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 417) afirma que no hay discusión ética o jurídica, por ejemplo, en torno al aborto, las técnicas de reproducción humana asistida, la clonación humana o la investigación con material embrionario, en la que no se invoque en numerosas ocasiones de forma heterogénea o militante el concepto de dignidad humana.

modo parecido, que en los últimos tiempos su empleo argumentativo se habría convertido en una seña de identidad de determinada concepción de la moral (la de inspiración religiosa, particularmente la de la Iglesia Católica como las relativas a los temas del aborto, la eutanasia, la clonación o el uso de técnicas de reproducción asistida) (19) o que es un término sin un significado identificable que designa otros conceptos como el de autonomía, respeto o decoro (20) o que padece de una inflación verbal debido a su desenfrenada utilización que se observa hoy en día, que termina por desnaturalizar la noción (21) o, más grave, que “el abuso de su tópicica ha desembocado en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa” (22).

Se ha afirmado con razón que los cuestionamientos no dejan de causar asombro. ¿Cómo cuestionar su utilidad o importancia frente a su reiterada invocación y consagración por documentos internacionales, constituciones y leyes? ¿Cómo cuestionar su trascendencia si se coincide que es el fundamento de los derechos humanos? (23). Todavía, ¿cómo justificar tal variedad de críticas frente a la extensión universal de su reconocimiento?

Si bien todo ello es exacto, es menester detenerse, sin embargo, en la invocación de un cierto grado de indeterminación del término. Pero la indicada característica es propia, también, de los principios y las cláusulas generales, y ello no es razón ciertamente para cuestionar su valor ontológico: es el problema propio de los textos abiertos: “Riqueza semántica y complejidad aplicativa” (24). La noción misma, por ello, está sujeta a “sustanciales manipulaciones” y a controversias éticas o ideológicas que acarrear interpretaciones opuestas de un mismo tema (25).

Lo relativo a la “inflación” de la noción, por otra parte, no debe hacer olvidar las condiciones de su apreciación y de su desarrollo: la dignidad

---

(19) ATIENZA, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, cit., ps. 74 y ss.

(20) CAMPS, Victoria, “La dignidad: un concepto indeterminado pero no inútil”, en CASADO, María, (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos de la Unesco*, cit., p. 147.

(21) MECCKI, Mustapha, *L'interet general et le contrat*, cit. por MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, cit., p. 238.

(22) CHUECA, Ricardo, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en CHUECA, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, cit., p. 25.

(23) BERGEL, Salvador D., “Derechos y actos personalísimos: la inclusión de los temas bioéticos”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, p. 44.

(24) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, LL 2011-E-1273.

(25) Ídem.

está ligada a la evolución de la humanidad y refleja la lucha del ser humano, no solo contra la naturaleza, sino más precisamente, contra los diferentes poderes humanos que quieren organizar su sumisión (26).

Aun admitiendo que la dignidad es un término que posee un contenido ético, moral o social (como el de “moral o buenas costumbres” o “bien común”) y que por ello es susceptible de tener un cierto contenido ideológico variable (y opinable), el grado de indeterminación —destaca un autor— puede disminuirse considerablemente si se tiene presente que, normalmente, hay un “acuerdo social relevante” en torno a muchos contenidos mínimos de esos “conceptos indeterminados” (27). Corolario de lo expuesto, es que habrá de atenerse al contenido que el medio social generalizado atribuye al concepto indeterminado. A lo que cabe agregar que otra pauta a considerar es que la noción de “dignidad humana” deberá necesariamente concordar con lo que es la “filosofía política” de la Constitución (28): no cabe suponer que un determinado comportamiento se considere “indigno” si guarda correspondencia con ella, pues los derechos y las garantías que consagra tienen por causa o fundamento, precisamente, la dignidad.

En ese orden de ideas, no es compartible, ciertamente, el cuestionamiento a la coincidencia que se atribuye a la noción con determinada postura religiosa y, menos aún, cuando esta se sustenta en la identificación de la dignidad con el “ser humano” (sea este concebido, niño, hombre maduro o anciano) y que se proyecta, incluso, sobre el material biológico humano (especialmente el reproductivo) y que conduce al rechazo de prácticas como la clonación humana o las intervenciones en la línea germinal (29). Este último aspecto, a propósito, parece conducir a una nueva ampliación del concepto de dignidad: la que trasciende al individuo “ser humano” para abarcar a la “especie humana” (30) (una suerte de avance desde “el reco-

---

(26) MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, AR/DOC/7006/2010, con cita de BENCHIKH, Madjid, “La dignité de la personne humaine en droit international”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry (dirs.), *La dignité de la personne humaine*, cit., p. 37.

(27) SAGÜÉS, Néstor, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, cit.

(28) Ídem.

(29) Sobre esto, TOBIAS, José W., “La terapia génica, la clonación y ‘las prácticas prohibidas’ en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57)”, *Anales - La Ley*, segunda época, año LX, nro. 53, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2015, p. 285.

(30) ARRUEGO, Gonzalo, “El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación jurídica”, cit., ps. 427 y 433. El autor recuerda el lenguaje del Preámbulo del Convenio de Oviedo: “... Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad...” y el de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana, que habla de la “dignidad del género humano” frente a unos derechos y libertades que son “de la persona”.

nocimiento del valor de la persona como individuo al valor de la persona como integrante de la raza humana en su devenir natural y, por lo tanto, de la humanidad como tal”) (31).

No ha de descartarse, en otro orden, que, aun así, subsista todavía más de una respuesta para el mismo tema (los llamados casos de “techos ideológicos múltiples”) (32).

La dificultad, finalmente, no es sino la consecuencia de una “sociedad pluralista” (compleja y no homogénea como la contemporánea) (33): ello conduce, en ocasiones, a inevitables opciones ideológicas con respuestas diversas y hasta contrapuestas. Particulares cuestiones en ese sentido se plantean en la relación entre autonomía y dignidad, a cuyo respecto corresponde precisar que la dignidad actúa no solo como fundamento de todos los derechos fundamentales, sino como límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos. Los complejos aspectos que el tema suscita —el no menor de los cuales es si la propia persona es libre de establecer el límite de su dignidad o si esta es, en cambio, un valor objetivo sustraído a su disponibilidad (34)— se analizan más adelante (*infra* VIII).

Acá, será suficiente reiterar que la relativa indeterminación del término es manifiestamente insuficiente para cuestionar su utilidad e importancia. Su relevancia superlativa reside en igualar —sin excepciones— a todos los componentes de la especie humana y, como corolario, a que todos ellos gocen de los mismos derechos fundamentales (entre ellos los personalísimos).

## V. La naturaleza de la dignidad

Paralelamente a los interrogantes y cuestionamientos que suscita la noción misma de dignidad, se discurre acerca de su naturaleza.

---

(31) ARRUEGO, Gonzalo, “El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación jurídica”, cit., p. 441.

(32) SAGÜÉS, Néstor P., “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, cit., p. 904, menciona el caso “Capalbo”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 308:1417), en el que se discutió si la tenencia de estupefacientes para consumo personal estaba o no cubierta por la garantía constitucional de la intimidad. Mientras el voto de la mayoría concluyó que las conductas de los hombres que se dirigían contra sí mismos quedaban fuera de las prohibiciones constitucionales (estaban amparadas), el voto de la minoría consideró que, dado que la dignidad de la persona es un derecho constitucional, resultaba inconcebible suponer una acción de amparo “que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación”.

(33) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1272.

(34) *Ibidem*, p. 1270.

Se la vincula en ocasiones de manera genérica con los derechos fundamentales (entre ellos, los personalísimos); en otras (de modo más concreto) se la ubica como “base” o “fundamento” o “fuente” u “origen” de los mismos; a veces se la considera un derecho subjetivo (que se agrega a los otros fundamentales o a todos los derechos); también, se la ubica como un límite a la actuación del poder público y, más específicamente, como límite a la disponibilidad de derechos o de alguno concreto o como fundamento del orden público y de la paz social (35) y, en fin, es presentado en otras como un principio o valor constitucional (no excluyente de ser además fuente o fundamento de derechos fundamentales) (36) a lo que se agrega que tal principio forma parte del orden público. Se la considera, asimismo, un “estatus” (37).

### V.1. ¿Derecho subjetivo?

Se ha destacado que hay autores que encuadran a la dignidad de la persona como un derecho subjetivo (negándolo) (38).

Por lo pronto, su consideración como derecho subjetivo no parece compatible con el texto del art. 52. Como se mencionó, luego de mencionar la lesión a algunos derechos personalísimos que enuncia, el texto —más genéricamente— alude a que “de cualquier modo” resulte lesionada la “dignidad personal”, posibilitando, de esa manera, abarcar la lesión a otros derechos personalísimos no enumerados (a la vida, a la libertad a la integridad psicofísica), descartando por ello que se lo pueda considerar uno más de los enumerados.

La mención a la dignidad de los Tratados y Convenciones Internacionales que tienen jerarquía constitucional permite advertir que hay una clara ausencia a la dignidad en términos de un derecho y que se alude a ella en términos más bien descriptivos (39).

---

(35) Sería lo que se infiere del art. 10.1 de la Constitución de España transcrito más arriba en el texto.

(36) MEDRANO, Amelia P., “La dignidad humana como principio del ordenamiento constitucional español”, en CHUECA, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, cit., ps. 296 y ss.

(37) “Un conjunto de poderes y elementos jurídicamente formalizados —derechos— que adquieren un cierto orden por relación a una idea de naturaleza humana acorde a las reglas jurídicas de consagración de la voluntad política colectiva” (CHUECA, Ricardo, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, cit., p. 47).

(38) MOLFESSIS, Nicolas, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, cit., p 127, y citas de nota 1.

(39) Por ejemplo, “Dignidad inherente al ser humano”; “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (se separa aquí la dignidad de los derechos); “los principios de la dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos”, etc. (*supra* nota 10).

No parece por lo demás —considerando la dirección subjetiva de todo derecho— que se la pueda considerar como una “facultad” o “poder” de voluntad alguna: la persona “tiene dignidad” independientemente de todo “poder” o “facultad”(40).

Se ha afirmado, por otra parte, que la consideración de la dignidad como derecho plantea otro problema: el análisis de un derecho fundamental requiere establecer si el acto acaecido queda subsumido en su contenido y considerar simultáneamente si se presenta en tensión con otro derecho fundamental (haciendo necesario el llamado juicio de ponderación); la dignidad, en cambio, no requeriría establecer sus límites, ni si se presenta en tensión con derechos (41) (42). Con base en la circunstancia señalada (su carácter absoluto), el Tribunal constitucional alemán —en la causa que se menciona más adelante (*infra* VI)— resolvió que, habiéndose violado la dignidad, no cabía un juicio de ponderación con la garantía de la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la privacidad.

## V.2. Principio y valor constitucional

Más estrictamente, corresponde analizar si —descartada su calidad de derecho subjetivo— se está en presencia de una regla o un principio general del derecho o un principio constitucional o un “valor” esencial, o estos dos últimos a la vez (principio constitucional y valor esencial).

No es posible ingresar aquí en la consideración de las distinciones entre reglas, principios y valores, aunque es posible, al menos, prescindir de la existencia de una regla (el reconocimiento normativo de la dignidad no

---

(40) Entre otros, MEDRANO, Amelia P., “La dignidad humana como principio del ordenamiento constitucional español”, cit., ps. 300 y ss.; MOLFESSIS, Nicolas, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, cit., ps. 127 y ss.; MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, cit., p. 238; BERGEL, Salvador D., “Derechos y actos personalísimos: la inclusión de los temas bioéticos”, cit., p. 44; RABBI-BALDI CAVANILLAS, Renato, “Los derechos humanos como derechos ‘anteriores’ o preexistentes’: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED 175-822. Comp., sin embargo, atribuyéndole la calidad de derecho, KIPER, Claudio M., en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. I., ps. 124 y ss.

(41) GÓMEZ ORFANEL, Germán, “La dignidad de la persona en la ‘Grundgesetz’”, en CHUECA, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, cit., ps. 53 y ss. Comp., sin embargo, LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de derecho privado Código Civil y Comercial de la Nación*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, p. 49, para quien los principios también pueden requerir en su aplicación una ponderación con otros principios.

(42) En realidad, como se dice enseguida —descartado que se esté en presencia de un derecho— la consideración del carácter “absoluto” de la dignidad lleva a considerar a algunos que tampoco se está en presencia de un principio sino de una regla.



supone la existencia de un efecto jurídico adscripto a un determinado supuesto de hecho) ni una prohibición o una permisión (43). Interesa señalar, sin embargo, que una corriente que postula el carácter “absoluto” de la dignidad tiende a considerarlo como un “mandato definitivo”, es decir, como una regla: la dignidad, de ese modo, actuaría como una norma que goza de prioridad sobre toda otra norma, quedando excluida de esa noción el llamado juicio de “ponderación” o proporcionalidad” (44).

Pero parece atinado considerar que hay un “principio”, es decir, un “mandato de optimización” (algo a ser realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes) (45). Sin ingresar en la delicada cuestión consistente en establecer si por constituir un “mandato de optimización” su mayor realización posible requiere correlacionarlo con principios opuestos, a través del llamado juicio de proporcionalidad o ponderación (su carácter “absoluto”, como se adelantó, lleva a considerar a algunos —al menos en algunos supuestos— que es una regla), quizás se pueda decir que, como principio, reviste un fundamento “absoluto” —es la calidad de persona humana que la sustenta— sin que ello excluya que su contenido y límites deba ser “delineado” o “modulado” y sin que ello derive en una “devaluación” de la dignidad (46).

Ahora bien, el encuadre constitucional conduce a entender, a su vez, que se está en presencia de un principio constitucional (“positivizado”, en el sentido de que ha pasado de una presencia informal de la dignidad humana a una consagración formal) (47); estos producen efectos que no tienen los principios generales del derecho, no obstante que una buena parte de los

---

(43) MEDRANO, Amelia P., “La dignidad humana como principio del ordenamiento constitucional español”, cit., p. 302.

(44) Es este un tema al que se ha considerado “una de las cuestiones más controvertidas en el debate sobre la estructura normativa de la dignidad humana”, a lo cual se agrega que para una concepción absoluta, la dignidad cuenta como una norma que adquiere precedencia sobre todas las demás normas en todos los casos (una interferencia justificada de la dignidad se hace imposible) mientras que para una concepción relativa, la pregunta acerca de si la dignidad humana es violada es una cuestión de proporcionalidad (ALEXY, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” [trad. del inglés por A. García Figueroa], *Anuario*, nro. 16, Parlamento y Constitución. Cortés de Castilla - La Mancha/Universidad de Castilla, p. 10, quien se pronuncia por la tesis de que es un “principio” no sin considerar que “existen algunos rasgos o supuestos de la dignidad humana que la orientan en la dirección del carácter absoluto...”).

(45) Autora y lugar citados en la nota 42, citando la construcción de Robert Alexy.

(46) RABBI-BALDI CAVANILLAS, Renato, “El principio de proporcionalidad. La dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy”, SJA 2017-I [12]-01.

(47) Para el derecho español, MEDRANO, Amelia P., “La dignidad humana como principio del ordenamiento constitucional español”, cit., ps. 302 y ss.

últimos se ha constitucionalizado (eficacia interpretativa, informadora; directa; por vía de inconstitucionalidad) (48).

En una dirección parecida, aunque no igual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución(49) y agregado que ella “es un valor supremo en nuestro orden constitucional que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea aplicada al caso con el entendimiento señalado por esa regla general” (50).

Más aún —junto con otros principios constitucionales (el sistema republicano de gobierno, la forma de vida democrática, la igualdad sustancial ante la ley)—, son los pilares centrales del plan político del Estado; constituyen principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado (51) y, todavía, se ha considerado que más que un principio es un “principio de principios”, queriéndose señalar que es aquel a partir del cual deriva y adquiere validez ese grupo de derechos conocidos como personalísimos (52).

El Código Civil y Comercial considera, junto con los principios, a los “valores” (art. 2°). Ellos pueden ser el contenido de los principios en tanto estos contengan una “idea o referencia valorativa” (53): es el caso de la “dignidad” (54).

(48) TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, ps. 115 y ss.

(49) Fallos 314:421.

(50) Corte Suprema, voto de la Dra. Highton de Nolasco y Dr. Petracchi, en causa 4733, 20/4/2010. Más lejos en el tiempo, se recalcó que “en las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un cierto materialismo práctico...” (Fallos 316:479, voto de los Dres. Barra y Fayt). La invocación a la dignidad es reiterada en los fallos del Tribunal en numerosas e importantes materias: un pormenorizado análisis, en SACRISTÁN, Estela, “El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Juris*, nro. 184, Educa, p. 41. Pero se puede advertir que en ocasiones se la invoca como “centro” sobre el que giran los derechos; en otras, como un “valor supremo” y en otras como un “derecho” a su respeto.

(51) TOBIÁS, José W., “Persona y mercado”, en *Anales*, segunda época, año LVI, nro. 49, 2011, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 262.

(52) LORENZETTI, Ricardo L., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 276.

(53) LORENZETTI, Ricardo L., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. I, p. 39, y desde esa óptica cabe concluir que la dignidad constituye un “valor superior” que está contenido en el principio constitucional.

(54) En esa dirección, aludiendo a la disposición de la Carta Europea de Derechos Humanos que prescribe que la “dignidad humana es inviolable” y debe ser “respetada y tutelada”, se afirma que ella es un principio y un valor (RESTA, Giorgio, “La disponibilità dei diritti

Determinado que se está en presencia de un principio constitucional (que lleva incorporado un “valor”), corresponde agregar que, como tal, forma parte del orden público del Estado: un orden público humanista (55); por tomar solo algunas de las definiciones del orden público, es un criterio fundamental que sustenta toda la organización jurídica de la Nación Argentina o, si se quiere, de un principio eminente para la ordenación social (56) o, en todo caso, de una cuestión que responde a un interés general o colectivo de la mayor relevancia (57).

### V.3. Fundamento de los derechos personalísimos

Queda por analizar si, como sostiene una extendida doctrina, cabe atribuir al principio constitucional de la dignidad humana, la calidad de “fuente” o “fundamento” o “basamento” de los derechos personalísimos (en realidad, más ampliamente, de los derechos fundamentales) (58).

Se trata, en rigor, de establecer si a partir del universal reconocimiento de los derechos fundamentales, ellos encuentran su razón de ser y justificación racional en el principio de la dignidad. En otros términos, plantea un autor, el punto consiste en encontrar una respuesta adecuada a este interrogante: ¿cuál es la razón —o causa— por la que el hombre, es decir, todos los hombres, tienen ciertos derechos solo en virtud de su calidad de hombres? (59).

La respuesta ha de encontrarse en su pertenencia a la especie *homo sapiens*: es el dato del carácter de “persona” que le compete a todo “ser humano” (el que posee “sustantividad humana”) lo que le confiere una especial dignidad o eminencia. Es esa la causa que le confiere la titularidad de una variedad de derechos (que aluden a diferentes manifestaciones de la personalidad) (60).

---

fundamentale e i limite della dignità [note a margine della Carta dei diritti], *Riv. Diritto civile*, año 2002, p. 819).

(55) MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, cit., p. 238.

(56) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 24ª ed., actualizado por Patricio J. Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, ps. 119 y ss.

(57) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14ª ed., actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 68 y ss.

(58) ACOTA MEDRANO, Amelia P., “La dignidad humana como principio del ordenamiento constitucional español”, cit., p. 310 (con cita de BENCHIKH, Madjid, “La dignité de la personne humaine en droit international”, cit., p. 41) que, independientemente que los términos se emplean como sinónimos, el vocablo “fuente” indicaría más precisamente la precedencia o el punto de origen, mientras que el “fundamento” se referiría a la explicación o a la legitimidad.

(59) MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, cit., t. I, ps. 133 y ss.

(60) MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, cit., t. I, p. 135 (el autor —ps. 141 y ss.— se ocupa de impugnar las objeciones que al mencionado fundamento le atribuye la llamada “ley de Hume”, consistente en que de una serie de afirmaciones acerca de cómo

Debe precisarse, no obstante, que la circunstancia de ser el principio de la dignidad fundamento de los derechos personalísimos, no excluye que, simultáneamente (como componente del orden público), le competa el rol de constituir un límite a la disponibilidad de esos mismos derechos. Es el doble y paradójico rostro del principio: ser a la vez fundamento de los derechos personalísimos y límite a su disponibilidad (en particular, del derecho a la libertad, sea de los terceros o del titular mismo) (sobre ello, *infra* VIII).

Las circunstancias apuntadas, como se vio, no deben dejar de advertir de la existencia de una vertiente que postula que la dignidad trasciende al ser humano individual y se proyecta —más abstractamente— a la categoría de la “especie humana” como tal (y constituye, de ese modo, el fundamento para el rechazo de las prácticas de clonación humana o de intervenciones en la línea germinal); subyace en este enfoque la incertidumbre acerca de la preservación de la raza humana en su devenir natural (61).

## VI. Algunas aplicaciones jurisprudenciales de la dignidad

Se mencionan a continuación, por su importancia, algunos pronunciamientos de un tribunal internacional y de tribunales de distintos países.

a) La Corte Constitucional Federal de Alemania declaró inconstitucional la Ley de Seguridad Aérea en 2006. Al momento de sancionarla, el Parlamento tuvo en mira el escenario internacional por el ataque terrorista a las Torres Gemelas en el *World Trade Center* en la ciudad de Nueva York el 11/9/2001. La ley autorizaba a las Fuerzas Armadas para que en una situación similar pudieran derribar un avión de pasajeros que se hubiera convertido en un proyectil viviente, previniendo así la amenaza de un número incierto, aunque considerable, de personas que se hallaran en tierra.

El tribunal consideró que una acción de esa especie no estaba amparada por el orden constitucional alemán, a cuyo fin argumentó que el deber del Estado de proteger la vida de víctimas potenciales era secundario frente

---

las cosas son, no puede inferirse ninguna aseveración acerca de cómo los hombres deben comportarse, es decir, ninguna proposición práctica). También, RABBI-BALDI CAVANILLAS, Renato, “Los derechos humanos como ‘anteriores’ o ‘preexistentes’: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cit., p. 824; BENCHIKH, Madjid, “La dignité de la personne humaine en droit international”, cit., ps. 41 y ss.; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho privado. Parte general*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 696; LACRUZ BERDEJO, José L., *Parte general del derecho civil. Personas*, J. M. Bosh, Barcelona, vol. 2, p. 38; ANDORNO, Roberto, “La persona humana en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial”, cit., p. 234; ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti delle vita*, cit., p. 34.

(61) ARRUEGO, Gonzalo, “El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación jurídica”, cit., p. 424.

al deber de respetar la dignidad humana de los pasajeros; el respeto a la dignidad de todo ser humano, consideró, prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas (62).

b) El mismo Tribunal (3/3/2004), en una controversia acerca del valor constitucional de normas legales que permitían la instalación de medios auditivos en domicilios con la finalidad de perseguir delitos graves, afirmó que formaba parte de la intangibilidad de la dignidad humana un núcleo de configuración privada absolutamente protegido y que en ese ámbito no podía producirse la vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal; "... no hay lugar para una ponderación (empleando el principio de proporcionalidad) entre la inviolabilidad del domicilio y el art. 1.1 de la Ley fundamental". Consideró, en definitiva, que la vinculación entre la privacidad con la dignidad, impedía la relativización y la ponderación, pues se estaba en presencia de un valor absoluto insusceptible de ser balanceado (63)(64).

c) No obstante que la Constitución de los Estados Unidos carece de referencias expresas a la dignidad, algunas Constituciones estatales, en cambio, la tienen (Illinois, 1970; Montana, 1972; Luisiana, 1974). Esa ausencia no ha impedido que el Tribunal Supremo de ese país haya recurrido a la dignidad en diferentes decisiones al interpretar algunas cláusulas constitucionales (como ha ocurrido con otros derechos no previstos como la *privacy* o la igualdad) mediante expresiones variadas (*dignity of men, individual dignity, personal dignity, dignity of human being, etc.*). Así, ha invocado la dignidad con la pretensión de limitar la actuación de los poderes públicos y proteger la integridad personal y la intimidad (extracción obligatoria de muestras de

---

(62) Consideraciones sobre el fallo en Gómez ORFANEL, Germán, "La dignidad de la persona en la 'Grundgesetz'", cit., ps. 69 y ss. Independientemente de ellas, el fallo del tribunal no deja de suscitar inquietantes consideraciones: siendo indudable que matar a personas inocentes (los pasajeros del avión) atenta contra su dignidad, no lo es evitar la muerte de muchas otras personas (igualmente inocentes) que van a ser muertas por el avión. En rigor, se está en presencia de un dilema moral en que ninguna de las alternativas es satisfactoria, resultando una de las consecuencias en que la dignidad humana se encuentra inserta en un entorno de calamidades.

(63) Gómez ORFANEL, Germán, "La dignidad de la persona en la 'Grundgesetz'", cit., p. 72. Acerca de las "inconsistencias" que se atribuyen al criterio del tribunal, ALEXY, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", cit.

(64) En el derecho alemán, la cuestión de la disponibilidad de la dignidad se ha planteado también respecto de las transmisiones televisivas del "Gran hermano" ("*Il grande fratello*") atribuyéndole reducir a la persona a objeto a escrutar, con interés morboso, a través de rejillas de un sofisticado "zoo televisivo" (sobre el tema, y la diversidad de opiniones, RESTA, Giorgio, "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limite della dignità (note a margine della Carta dei diritti)", cit., p. 836.

sangre para ser utilizada como prueba en procedimientos penales; pruebas toxicológicas a empleados de una empresa) o aspectos relacionados con el debido proceso, como la tipificación penal de conductas que quedan en el ámbito de la vida privada (opción personal de determinadas prácticas sexuales) y otras causas (65).

d) La Corte Europea de Derechos Humanos, en la causa “Laskey y otros c. Reino Unido”, del 16/3/1997, en que se cuestionaba la represión penal de prácticas masoquistas consentidas entre adultos, rehusó censurar al país demandado, pese a que el argumento se centraba en el respeto a la vida privada y a las “preferencias sexuales” de los actores: consideró que no cabía tolerar actos de tortura bajo el pretexto de que habían sido cometidos en el marco de una relación sexual consentida. “La protección de la vida privada es la protección de la intimidad y de la dignidad de la persona y no la protección de la indignidad por sí misma ni la promoción del inmoralismo delictual” (66).

e) En la causa “D c. Reino Unido”, resuelta el 20 de febrero de 1997, la Corte Europea de Derechos Humanos invocó la dignidad desde un ángulo particular (riesgo de expulsión de un inmigrante residente enfermo de SIDA). Consideró que el reenvío del enfermo a “Saint Kitts” no beneficiaría la evolución de la patología, pues se privaría al paciente de un tratamiento destinado a prevenir las infecciones a las que esos enfermos eran extremadamente vulnerables además de que carecería de medicación que lo protegiera contra otras enfermedades ligadas al SIDA. Estimó para ello que los dos hospitales existentes en “Saint Kitts” para tratar tales infecciones eran muy limitados; que el paciente carecería allí del sostén de parientes próximos y de la posibilidad de afrontar sus necesidades. La indicada situación, consideró, se constituiría en un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 3º de la Convención, que impedía preservar su dignidad humana (67).

f) La Gran Sala del mismo Tribunal europeo, en la causa: “Bouyid c. Bélgica” consideró, por mayoría (68), que una conducta de las fuerzas policiales que quebrantaba el art. 3º de la Convención Europea de Derechos Huma-

---

(65) Un análisis del tema en GÓMEZ LUGO, Yolanda, “La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en CHUECA, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, cit.

(66) PETTITI, Louis E., “La dignité de la personne humaine en droit européen”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry (dirs.), *La dignité de la personne humaine*, cit., p. 59.

(67) Otras consideraciones del fallo en PETTITI, Louis E., “La dignité de la personne humaine en droit européen”, ps. 60 y ss.

(68) Las particularidades del fallo en GIALDINO, Rolando E., “Hacia una protección integral de la dignidad humana”, LL del 6 de abril de 2018.

nos (“nadie puede ser sometido a tortura ni a pena o tratos inhumanos o degradantes”) menoscababa la dignidad humana y que ello se configuraba incluso, cuando se utilizaba una fuerza física que no era estrictamente necesaria en razón de las circunstancias, sea cual fuera el impacto que esa fuerza hubiera tenido sobre el interesado (abarcando incluso el carácter aislado, no premeditado y carente de efectos graves o durables sobre la persona que la recibe (69).

## VII. La evolución semántica del término

La relevancia atribuible al concepto y a la multiplicación de su consagración en los documentos internacionales, las constituciones y las leyes hace conveniente una referencia a la evolución semántica del término (que ha experimentado una significativa evolución).

En Grecia y Roma no se conocían otras “dignidades” que las que resultaban de los oficios o la pertenencia a la nobleza o de cargos relevantes en el Estado o la Iglesia; otras personas, como los esclavos o los siervos, no podían adquirir “dignidad” (70).

El término latino *dignus* proviene del verbo *decet*, que significa “ser conveniente”, “que conviene” o “ser estimado”; implica una posición de “mérito”, “prestigio” o de “alto rango”. *Dignitas* traduce el término griego *axios*, que significa “lo que vale”, lo “que tiene valor” (71).

Como se puede advertir, el significado del término se presenta muy lejano al que le atribuye el ser una característica inherente a todo ser humano: el “digno” era el virtuoso y esa calidad provenía del cargo, oficio o nobleza.

Se suele afirmar que la “dignidad” comienza a adquirir un significado más acorde con el actual con Cicerón, quien afirma que los hombres, por el hecho de serlo, poseerían una *dignitas* superior a las bestias e inferior a los dioses. La perderían, sin embargo, cuando realicen actividades o com-

---

(69) El agravio planteado por los dos actores (hermanos) radicaba en haber recibido cada uno de ellos una bofetada por agentes policiales en situaciones diferentes (comprobación de identidad e interrogatorio). Es de señalar que la Gran Sala se apartó de la decisión adoptada por una sala de tres jueces (concorde con la disidencia de tres jueces de la Gran Sala) que había resuelto que el trato debía alcanzar un “mínimo de gravedad” para violentar el art. 3º de la Convención y que de haber existido las bofetadas, se trataba de un hecho aislado, carente de efectos graves o durables, infligido por el comportamiento irrespetuoso o provocador de los actores en el contexto de un clima especial.

(70) GRACIA, Diego, “¿Es la dignidad un concepto inútil?”, JA 2008-IV-1055.

(71) BERGEL, Salvador D., “Derechos y actos personalísimos: la inclusión de los temas bioéticos”, cit., p. 40.

portamientos (por eso se los llama “indignos”) que los colocan al nivel de las bestias. En ese entendimiento, se observa, más que una característica ontológica inherente a la persona, la noción apuntaría a un nivel jerárquico (un espacio entre los dioses y las bestias) (72).

En torno al Renacimiento, es común la cita de la obra de Giovanni Picco de la Mirandola, *Oratio de hominis dignitate* (*Discurso sobre la dignidad del hombre*), quien desarrolla la tesis de que el hombre es la más perfecta de las criaturas y lo es porque es señor de sí mismo; gracias a su “arbitrio” puede obtener por sí mismo lo que desea, ser lo que quiere. El ser humano tiene una *dignitas* o lugar en el universo, intermedio entre los seres inferiores o materiales y los superiores o espirituales, aunque será digno o indigno según cómo use su libertad. Así concebido el término, más parece un objetivo o logro de una persona que un don o cualidad propia de todo ser humano.

El origen de una visión actual de la dignidad está inspirado en la doctrina cristiana, que va unida a la consideración de que el hombre ha sido criado a origen y semejanza de Dios: “Como Cristo, el hombre se define por su esencia y tiene un valor en sí mismo” (73).

Particular consideración en la evolución del término debe atribuirse a Kant, quien concibe a la dignidad como un valor intrínseco de la persona humana. Ella, en cuanto ser dotado de razón y voluntad, es un fin en sí mismo que, a su vez, puede proponerse fines. La autonomía moral es el concepto central y constituye el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional: es lo que marca la diferencia entre las criaturas animales y los seres humanos. Las características contingentes de los individuos de la especie y de la comunidad humana (el nacimiento, la aptitud de comunicarse) no afectan, en cuanto tales, la pertenencia a la comunidad de los seres humanos. Corolario de ello es que cualquier determinación externa con la que se pretenda excluir a ciertas personas de la comunidad moral y, por ende, de la dignidad, debe ser considerada arbitraria.

---

(72) GRACIA, Diego, “¿Es la dignidad un concepto inútil?”, cit.

(73) MAYO, Jorge A., “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, cit., p. 238. En los tiempos actuales, la Iglesia Católica ha resaltado la noción de dignidad, sobre todo en relación con las cuestiones bioéticas. La Instrucción *Dignitas personae* de la Congregación para la doctrina de la fe (8/9/2008) comienza proclamando que “A cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural, se le debe reconocer la dignidad de persona” (apart. 1°) y que “Al proponer principios y juicios morales para la investigación biomédica sobre la vida humana, la Iglesia Católica se vale de la razón y de la fe... El Magisterio quiere ofrecer una palabra de estímulo y confianza en la perspectiva cultural que ve la ciencia como un precioso servicio al bien integral de la vida y dignidad de todo ser humano...”



Se ha observado que, en la concepción de Kant, el fundamento de la dignidad humana no remite tanto a la constitución ontológica o a la especificidad genética, sino a la autonomía como aptitud moral y autofinalidad (74).

Habermas, por su parte, sostiene la tesis que siempre ha existido una conexión interna entre la noción moral de dignidad humana y la concepción jurídica de los derechos humanos, aunque esta solo se haya manifestado de manera explícita en el pasado reciente: la dignidad no es una expresión vacía, sino la fuente de la que derivan todos los derechos básicos, además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías de derechos humanos (75).

Lo cierto es que, con independencia del desarrollo semántico y filosófico del concepto de dignidad, ella —como se dijo— solo se llega a materializar en textos de derecho internacional, en las constituciones nacionales y en los códigos, después de la Segunda Guerra Mundial: es la respuesta al “clamor de las innumerables criaturas humanas humilladas y torturadas...” y “se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana” (76).

### **VIII. La dignidad como límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos**

Se ha afirmado que una característica de los últimos tiempos en la evolución de la categoría de los derechos fundamentales es el del pasaje de una acepción de ellos primordialmente negativa (o si se quiere estática) a una dirección activa (o mayormente dinámica de los derechos mismos). La fase inicial de elaboración y reconocimiento de esos derechos, caracterizada por la inicial prevalencia de instrumentos de protección frente a las injerencias exteriores (sobre todo de los poderes públicos), se traslada gradualmente al tema de su disponibilidad y, por ende, al ámbito en que sus titulares pueden disponer válidamente (lo que supone verificar la eventual existencia de intereses de relevancia constitucional que puedan incidir sobre el ámbito de su disponibilidad) (77).

---

(74) MICHELLINI, Dorando J., “Dignidad humana”, en KANT - HABERMAS, *Rev. Anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las ideas*, vol. 12, nro. 1, p. 41.

(75) HABERMAS, Jürgen, “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, 20/7/2010, DOI:10.1111/j.1467-9973.2010.01648 (16/12/2017).

(76) HABERMAS, Jürgen, “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, cit.

(77) RESTA, Giorgio, “La disponibilità dei diritti fondamentale e i limite della dignità (note a margine della Carta dei diritti)”, cit., ps. 801 y 804.

Aparece así el problema de establecer los confines de ese límite y, en particular, si el respeto de la dignidad constituye un límite para la disponibilidad del propio sujeto titular.

Trasladando la indicada evolución a los derechos personalísimos (que son además derechos fundamentales) (78), y con base en la consideración de que la *dignitas* formaba parte del orden público del Estado y que este constituía en el Código anterior, un límite a la autonomía privada (art. 21), alguna doctrina venía afirmando que la dignidad actuaba “como límite a la autonomía privada; cuando el objeto del contrato la contraría, ello acarrea su invalidez...” (79).

En ese orden, dispone ahora el art. 279 del nuevo Código que “el objeto del acto jurídico no debe ser (...) lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana...”, criterio que reitera el art. 1004 en materia contractual. Interesa señalar que el art. 55 (“Disposición de derechos personalísimos”), a su vez, luego de establecer la regla de la admisibilidad de su disposición establece los límites de que ello no sea “contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres”. El texto no menciona el límite de la dignidad —hubiera sido deseable que lo hiciera para correlacionarlo con el citado art. 279— pero la solución no es dudosa: los derechos personalísimos se ejercitan a través de actos jurídicos.

El límite de la dignidad ya tenía consagración constitucional en algún país, había sido consagrado por la jurisprudencia de otro y era materia de atención por la doctrina de algún otro país.

Así, el art. 41 de la Constitución italiana proclama que la “iniciativa económica privada es libre” y enseguida agrega que “no puede desenvolverse en contraste o de manera de causar daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana”. De ese modo, las exigencias de tutela de la persona operan como límite externo de la libertad de iniciativa económica; esta es protegida en tanto no esté en contraste con derechos fundamentales de la persona que, en la cúspide de ese ordenamiento, adquieren un valor superlativo (80).

---

(78) Sobre el criterio caracterizador de los derechos personalísimos y los derechos fundamentales, TOBÍAS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 10.

(79) TOBÍAS, José W., “Persona y mercado”, en *Anales*, segunda época, año LVI, nro. 47, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2001, ps. 274 y ss. También, DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1268. En el ámbito de la bioética, ANDORNO, Roberto, “Autonomía, libertad y dignidad de la persona humana, dos paradigmas rivales o complementarios, en el campo de la bioética”, en GARAY, Oscar (coord.), *Bioética en medicina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, ps. 79 y ss.

(80) BENEDETTI, Giuseppe, “Apunti e osservazione sul seminario”, en *Persona e mercato* a cura de G. Vittori, Cedam, Padova, p. 140.

En la misma dirección, en el derecho español destaca un autor, entre otras reglas cardinales constitutivas del orden público de su país por su trascendencia en el orden jurídico civil, “el respeto a la libertad y a la dignidad y a la igualdad de las personas, el respeto a los derechos inviolables que le son inherentes...” (81).

El criterio ha sido consagrado por un tribunal internacional y tribunales de algunos países.

a) El Consejo de Estado francés, en la causa relativa al *lancera de nain* —a la que se hace referencia enseguida— atribuye a la dignidad de la persona humana el ser componente del orden público de ese país. Agregó que “la autoridad investida del poder de policía municipal puede, aun en ausencia de circunstancias locales particulares, prohibir una atracción que comporta un atentado al respeto a la dignidad de la persona humana” y que tal atentado estaba caracterizado por el hecho de utilizar “como un proyectil una persona afectada de una discapacidad física y presentada como tal”, espectáculo que “por su objeto mismo... constituía un atentado a la dignidad de la persona humana” (82).

En el orden internacional, la dignidad, como componente del orden público de un Estado y de límite a la autonomía de la voluntad, fue destacado en un dictamen del Comité de Derechos Humanos (establecido en virtud del art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en la causa: “Manuel Wackenheim c. Francia” (83) —a la que se acaba de hacer referencia— cuyas particularidades es de interés recordar.

El actor, aquejado de enanismo, actuaba en espectáculos llamados *lanzamientos de enanos*: con las debidas precauciones era lanzado por un “cañón” sobre un colchón neumático por ciertos clientes del establecimiento en el que se organizaba el espectáculo (discotecas).

En una circular del Ministerio del Interior francés, que pedía a los prefectos que utilizaran sus facultades de policía para el control de espectáculos de curiosidad, se precisaba que la prohibición de los “lanzamientos de enanos” debía basarse, entre otras cosas, en el art. 3º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

---

(81) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de derecho civil. Parte General del derecho civil*, Dykinson, Madrid, 1999, vol. 3, p 139.

(82) Sobre ello, EDELMAN, Bernard, “La dignité de la personne humaine. Un concept nouveau”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry (dirs.), *La dignité de la personne humaine*, cit., p. 31.

(83) Comunicación 854/1999 del 26/7/2002.

El alcalde del municipio había prohibido el espectáculo y un tribunal administrativo anuló la resolución que a su vez fue apelada por el municipio. El Consejo de Estado —como se adelantó— anuló la resolución administrativa aduciendo que el espectáculo configuraba una atracción que representaba un atentado contra la dignidad de la persona, cuyo respeto era uno de los elementos del orden público (84).

La causa es llevada por el afectado al Comité de Derechos Humanos con el argumento —entre otros— que su dignidad se encontraba mejor resguardada posibilitándole su derecho a trabajar y no negándosele. El Comité consideró que los hechos que tenía ante sí no reflejaban una violación del Pacto: sostuvo, entre otras cuestiones, que la prohibición del *lanzamiento de enanos* no constituía una medida abusiva, sino más bien una medida necesaria para proteger el orden público en el que intervienen particulares circunstancias de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que en nuestro país tiene rango constitucional) (85).

b) En Alemania, a su vez, el Tribunal Administrativo Federal de ese país anuló los contratos de *chat line* eróticos y de *pip show fall* (este relativo a la exhibición erótica de una mujer encerrada en una cabina que es observada por espectadores a través de ventanas que se abren a medida que estos ingresan sus fichas) (86). Consideró que reducía a la mujer a la condición de objeto debido a la atmósfera de un “negocio mecanizado y automatizado” por el aislamiento de la mujer respecto del espectador (la introducción de una moneda para accionar un lugar reservado, el contacto visual unilateral, la falta de un control social de lo que ocurra en el recinto) (87).

---

(84) Sobre ese pronunciamiento, EDELMAN, Bernard, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, cit., ps. 31 y ss.

(85) El pronunciamiento del Comité no deja de suscitar interrogantes. Tal, por ejemplo, la opinión que afirma que al proteger la dignidad del discapacitado, el tribunal prescindió de otras facetas de la dignidad: aquella que resguardaba la independencia económica y la integración social de Wackenheim (WEIL, Laurence, “La dignité de la personne humaine en droit administratif”, en PAVIA, Marie-Luce - REVET, Thierry [dirs.], *La dignité de la personne humaine*, cit., p 105).

(86) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1269. El problema presentado a los jueces era el de establecer si podía ser prohibida la apertura de locales en los que estaba previsto el desarrollo de esos espectáculos: las normas administrativas requerían de una licencia para aquellas actividades que suponían la exposición al público de personas para fines diversos a aquellos artísticos o científicos y la autorización podía ser negada si contrastaba con las “buenas costumbres”.

(87) Entendió, en cambio, que un *strepttease* respetaba la dignidad. Tal distinción motivó cuestionamientos basados en que resultaba poco coherente condenar los *peep shows*, mientras se consentían los *strepttease* o las peleas de box donde pelagra la salud física y mental, cuando no la vida de sus protagonistas o ciertos conciertos de rock que se celebran

c) Otro fallo relevante es el caso “Benetton” resuelto por la Corte de París. Se trataba de afiches publicitarios que mostraban un cuerpo humano fraccionado en que los sectores estaban “estampillados” con la leyenda HIV. La Corte de París dijo que las sociedades recurrentes, al haber fraccionado y tatuado el cuerpo humano, habían utilizado un símbolo de estigmatización degradante de la dignidad de las personas afectadas tanto en su cuerpo como en su ser como para provocarles un fenómeno de rechazo o de su acentuación y que ello suponía un abuso de la libertad de expresión (88). La dignidad, de ese modo, actúa como un límite a la libertad de expresión.

Lo significativo de los dos primeros casos es que el alcance de la dignidad era controvertido por los propios interesados que consentían expresamente la actividad y plantean, por ende, el inquietante interrogante de si la dignidad es un valor objetivo o subjetivo o, en otros términos, si se trata de un valor meta individual no renunciable por la persona o si solo ella es libre para definir el horizonte de su dignidad (89). La respuesta de los tribunales en esos casos fue la de considerar que se trata de un valor objetivo sustraído a la disponibilidad de la persona.

Es perceptible la importancia de la cuestión: en un tema tañido de valoraciones subjetivas —incluso ideológicas— un pensamiento liberal que conciba a la persona como un ser con aptitud de diseñar sus propios fines, podría ser reacto a aceptar fines impuestos exteriormente como válidos, independientemente de la elección individual.

Frente a ello, puede afirmarse que la dignidad humana no puede, en ocasiones, quedar subordinada a la autonomía privada: en rigor, ella trasciende al individuo singular, con sus puntos de vista y sus preferencias, para transformarse en “la dignidad de la humanidad” (90).

Esta visión de la dignidad como requisito del objeto del negocio (que el artículo 279 recepta expresamente) constituye un instrumento relevante,

---

durante horas ante una masa anónima orgías acústicas ensordecedoras a fin de colocar, a cambio de inmensos honorarios, a sus jóvenes escuchas en una situación de éxtasis abúlico (HOERSTER, Norbert, “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, citado por SAGÜÉS, Néstor, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, cit., p. 904).

(88) Ver también, EDELMAN, Bernard, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, cit., ps. 31 y ss.

(89) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1270.

(90) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1270, con cita de JORION, Benoit, “La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif”, en *Revue du Droit Public*, LGDI, Paris, 1999, p. 47, y desde esa visión, el individuo no podría autoexcluirse de la humanidad.

no solo como reacción contra los excesos del mercado, sino también —y particularmente— contra los abusos de la ciencia (91).

Precisado que la propia *dignitas* no es disponible ni renunciable, constituyendo un límite externo a la autonomía privada, debe agregarse que la solución de las tensiones entre la autonomía privada y la *dignitas* suele ser en ocasiones compleja: al señalado interrogante acerca de si esta constituye un valor subjetivo u objetivo, se agrega el que supone desentrañar la noción misma de dignidad. Como todo texto abierto, como se vio, es susceptible de *sustancial manipulations* o, en todo caso, de interpretaciones diversas (el propio Wackenheim señalaba en su recurso que la sentencia del Consejo de Estado lo había devuelto indignamente a su condición de “enano solitario y desocupado”). ♦

---

(91) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, cit., p. 1275.

# DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA

POR JOSÉ M. ORELLE

## **CAPÍTULO I - PERSPECTIVA PRAGMÁTICA DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS**

El tema central de la interpretación jurídica es determinar qué características de un hecho o acto son determinantes para la aplicación de los textos que regulan los derechos protegidos por ellos. Se trata del tránsito de la protección abstracta a la tutela dinámica.

En este trabajo, me ocupo de analizar la protección pragmática de los derechos personalísimos, sobre todo en el plano de la reconstitución de la prueba. El análisis en este plano pretende describir el modo de probar el agravio a dichos derechos y el recíproco derecho del posible ofensor a demostrar que no ha mediado tal agravio.

En ambas situaciones jurídicas (titular del derecho personalísimo, y supuesto ofensor) está en juego el principio constitucional de la defensa en juicio, y cada uno deberá presentar las pruebas que fundamenten sus posiciones.

A ello se agrega, como en toda situación jurídica, que los factores que integran los casos jurídicos (circunstancias) son decisivos para la comprensión e interpretación de lo sucedido. Los casos jurídicos no se resuelven solo por invocaciones abstractas, sino por un conjunto de elementos, que son esenciales para la solución jurídica de cada caso.

A modo de ejemplo, una persona puede sentir agravio en sus imágenes, identidad, honor etc., respecto de publicaciones en medios, o por integrantes de redes sociales, o por la o las personas que han utilizado fotografías, registros auditivos, visuales, etc. A su vez, quien o quienes hayan referido, difundido, opinado, criticado, etc., pueden haber interpretado que el pro-

pio titular ha permitido esa intromisión en su esfera privada con propios actos. La solución justa exige ponderar el conjunto de circunstancias que configuran el caso (factores relevantes) sin los cuales no es técnicamente adecuado —por falta de los elementos de integración del hecho o acto— conjeturar cuál es la decisión interpretativa aplicable.

## I. Decisiones, lenguaje y conceptos

### 1.1. *Las decisiones metodológicas de los intérpretes*

De por sí, debido a que las regulaciones jurídicas se expresan a través del lenguaje, es evidente para el intérprete enfrentarse con los problemas de ambigüedad y vaguedad de los vocablos. Guibourg explica que “muy pocos sienten como una responsabilidad personal la de examinar y rectificar su propio sistema de pensamiento para ajustarlo a rigurosas condiciones lógicas y pragmáticas (1). A cada uno de nosotros nos toca construir el propio sistema de pensamiento, acaso parcialmente coincidente con otras personas.

El material con el cual se construye el sistema corresponde a decisiones metodológicas. El conjunto de estas decisiones se nos impone desde afuera mediante las estructuras del lenguaje que nos enseñan y el contenido de las culturas en las cuales nos educamos. El requisito esencial de nuestro sistema es que no contenga contradicciones, pero, aun así, nada de aquello que decimos constituye una verdad absoluta. Es más bien una propuesta, que puede ser aceptable o plausible, susceptible de ser sopesada con otros enfoques o argumentos.

Agrega en otra obra (2): El conocimiento de la realidad es siempre incompleto (moléculas, fenómenos físicos, etc.) temas que escapan a los sentidos, etc. Además, que el conocimiento esté guiado por el interés del sujeto, o sea qué partes le interesan. Una misma realidad puede estructurarse mediante muchos (infinitos) modelos, conforme a la inquietud del observador. La estructura de los modelos depende de los criterios que la conforman, pero habitualmente no tomamos conciencia de la cantidad de criterios que participan en la construcción de cada modelo. Esta selección es muy práctica para el desenvolvimiento cotidiano, pero es peligrosa si en tema técnicos olvidamos sus características.

### 1.2. *Lenguaje: función, ambigüedad, vaguedad*

La relación entre las palabras y los objetos no es ontológica, cierta y precisa: es fruto de decisiones individuales o sociales, ajenas a las características obser-

---

(1) GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue, Buenos Aires, 2006, p. 11.

(2) GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 197 y ss.



vables de las cosas mismas. Aplicamos criterios de individuación (generando nombres para objetos), pero esta acción no implica caer en la convicción de que esta parcela de realidad tiene colgada una etiqueta con el nombre que le hemos puesto (3). No existe una naturaleza científicamente describible común a todos los casos de referencia, de significado. El significado tiene carácter interactivo: no solo depende de aquello que está en nuestra mente, sino de nuestro entorno y de cómo interactuamos con dicho entorno (4).

Dicha falta de precisión en el significado se llama vaguedad: una palabra es vaga en la medida en que hay casos reales o imaginarios en los que su aplicabilidad es dudosa (5). A ello cabe adicionar, que a veces las palabras tienen más de una designación: ámbito de la ambigüedad. En síntesis, estas características generales del lenguaje generan que la pretendida precisión solo puede aumentarse o generarse a través del contexto de la situación.

En el tema objeto de este estudio, tiene particular incidencia la ambigüedad, imprecisión, vaguedad de los vocablos empleados por los textos que el Código Civil y Comercial consagra para la protección de los derechos personalismos: art. 51, dignidad, art. 52, identidad personal o familiar, honra, reputación, imagen.

Son vocablos de una denotación extraordinariamente extensa, que no permiten, por las características del lenguaje, una precisión delimitadora del significado. La denotación de los vocablos alude a la extensión de los objetos que abarca (6). Cuando la denotación es de una amplitud muy amplia, aparece en el estudio del lenguaje el tema de los universales, que refiere a la dificultad de encontrar precisión a partir de la sola enunciación del vocablo (7). Los vocablos objeto de este estudio son susceptibles de dicha extraordinaria amplitud.

Adicionalmente, los conceptos con los cuales pretendemos definir las situaciones a las que remiten dichos vocablos también padecen de las mismas limitaciones de precisión. La agrupación de los objetos en clases —clasificaciones— es un acto intelectual que en la mayoría de los casos cumplimos inadvertidamente. Todo lenguaje, en la medida en que está

---

(3) GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, cit., p.11.

(4) PUTNAM, Hilary, *Representación y realidad*, 3ª reimpr., Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 23 y 44.

(5) GUIBOURG, Ricardo A. - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo C., *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, ps 35 y 48.

(6) GUIBOURG, Ricardo A. - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo C., *Introducción al conocimiento científico*, cit., p. 42.

(7) GUIBOURG, Ricardo A. - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo C., *Introducción al conocimiento científico*, cit., p. 43. Coinciden GRAJALES, Amós A. - NEGRI, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 147.

compuesto por palabras de clase, presupone un complejo sistema de clasificaciones. Estas clasificaciones, aunque las empleamos constantemente, no son cosas que están en la naturaleza, son hechos culturales, por ello no son verdaderas ni falsas: tienen su propia utilidad, dentro de determinadas circunstancias o para ciertas personas o funciones (8).

En síntesis, una suma de relativismos: las decisiones metodológicas, la propia del lenguaje y la propia de los conceptos. Estas características advierten al intérprete que la determinación del significado de los vocablos que refieren a los derechos personalísimos requiere agregar o integrar otros elementos o factores. Los vocablos o conceptos por sí mismos no permiten identificar el contenido, adquieren mayores grados de precisión al adicionarse los factores relevantes, que describiré más adelante.

## II. Bien jurídico protegido

### II.1. Concepto

El bien jurídico protegido por los derechos y actos personalísimos es la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 del Código Civil y Comercial). Bien se ha señalado, que la tutela de la dignidad humana, y en modo especial el derecho a la intimidad y al honor, fue motivo de preocupación de filósofos y juristas en distintas épocas, es “el esplendor de la dignidad humana” o “el bien más elevado de los bienes exteriores, pues su pérdida priva al hombre relación con la sociedad que es indispensable para el pleno desarrollo de la personalidad” (9). Por ello, la tutela de la dignidad humana debe constituir una obsesión para quienes profesan una concepción humanista del derecho y de la vida (10). Tobías expresa: “La *dignitas* es el fundamento último de los derechos personalísimos (11).

### II.2. Derechos comprendidos

A partir del fundamento enunciado, cualquier ataque a dicha dignidad resultará comprendido en la tutela. Si bien el Código refiere a ciertos temas (intimidad, honra, reputación, imagen, identidad, en el art. 52), la trascendencia del bien jurídico tutelado impone considerar que todo ataque

---

(8) GUIBOURG, Ricardo A. - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo C., *Introducción al conocimiento científico*, cit., p. 39.

(9) URDANOZ, T., “Introd. 72”, en Sun Theoled. B.A, C. VIII, p. 589, y MESSNER Johannes, en *Ética social política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 510, citado en fallo de la C4ª Civ., Com. y Minas La Rioja, “Sanduay de Palacios, Nilda c. Casa Tía”, publicado en DJJ 997-2-581.

(10) Cita de PIZARRO, Rubén O, citado en fallo de la CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, “Servini de Cubría, María R.”, LL 1992-D-112,

(11) TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 445.

a la dignidad está comprendido en la protección, por lo cual la enunciación del art. 52 es meramente enunciativa. Esta conclusión se ve reforzada por el párrafo de dicho texto que expresa: "... o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal" (12). El bien jurídico protegido por los derechos personalísimos es la privacidad de la persona, el derecho "a estar solo" en su intimidad. La intimidad es el derecho a conducir los aspectos privados de la vida sin ser observados, molestados, cuestionados o importunados por terceras personas, sea el Estado u otras ajenas a quienes el sujeto actor quiera permitir participar de su vida o de ciertos aspectos de ella (13).

La expresión lingüística suscita en el lector una inmediata adhesión.

Esta adhesión se ve reforzada por el matiz emocional del lenguaje, ya que todos experimentamos en la sociedad actual el riesgo de invasiones a la intimidad. La proliferación de toda clase de noticias, no solo en los medios tradicionales: radio, televisión, sino a través de la expansión explosiva de las redes sociales, ha generado una sensación colectiva de estar sometidos a una exposición imparabile.

El tema pragmático aparece cuando pretendemos conferir a la expresión un significado descriptivo completo, una especie de fórmula clara y precisa genérica (con parámetros cuantitativos: listados, y cualitativos: grados de intensidad) que permita obtener certeza en todos los casos. Tal pretensión es de imposible formulación.

Tobías (14) refiere varios aspectos de esta indeterminación: al aludir a la disputa sobre si se trata o no de derechos subjetivos, al tratar el tema del modo en el cual se encuentran legislados (art. 52 del Código) y a la casuística jurisprudencial, explicando que lo hace enunciando su concepto, sin agregar elementos específicos de regulación.

### III. Los derechos personalísimos en su singularidad

Resulta evidente que no es posible suministrar un listado de aspectos que agoten el tema de la personalidad en cuanto a la privacidad. El Código no contiene una definición de derechos personalísimos (15). Desde esta

---

(12) TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. 1, p. 450.

(13) FISSORE, Diego M., "Los derechos de la personalidad espiritual en el Código Civil y Comercial de la Nación", en RDPyC 2015-3-148.

(14) FISSORE, Diego M. "Los derechos de la personalidad espiritual en el Código Civil y Comercial de la Nación" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015 -3, Personas Humanas, Rubinzal Culzoni, p. 148.

(15) NAVARRO FLORIA, Juan G., "Los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial", ED 262-791.

perspectiva, solo es posible mencionar algunas pautas generales de la zona de reserva personal:

1. Verdades buenas o malas (16), enfermedades, debilidades, labilidad emocional, inclinaciones sexuales, sanciones judiciales menores, defectos físicos o psíquicos, operaciones estéticas o de otra índole, etcétera.

2. Hábitos familiares o sociales (modo de vincularse), punto que depende del temperamento de la persona: flemático, colérico, melancólico, etcétera.

3. Creencias, opiniones, certezas personales, convicciones religiosas, políticas, sociales, ideologías, contradicciones, que la persona prefiere mantener en privacidad.

4. Situaciones o circunstancias de su historia personal: errores, fracasos, interrupción de estudios, despidos, períodos de incumplimientos o insolencias, persecuciones políticas, migraciones forzadas, etcétera.

5. Intromisiones no autorizadas, aunque la misma persona —de modo espontáneo— haya expuesto situaciones íntimas (17).

6. Interferencia en el proyecto de vida (18).

7. Documentos contables (19).

Por su parte, Cifuentes propuso una división tripartida de sectores de derechos personalísimos: la integridad física, la libertad y la integridad espiritual (20).

---

(16) CIFUENTES, Santos, *El derecho en la vida privada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 70.

(17) Es ilustrativo el caso de una duquesa perteneciente a la realeza española, que demandó a una cadena de televisión por hablar indebidamente en un programa de una supuesta infidelidad matrimonial que habría mantenido y de la cual habría nacido un hijo. El Tribunal Supremo Español, sala de lo Civil, admitió la demanda, aun cuando refirió en los considerandos que la persona detentaba notoriedad pública, no por ello debía negarle una esfera de intimidad digna de tutela, pues también tiene tal derecho aun cuando los hechos enrostrados fueran veraces, máxime si no se advierte que aquella haya revelado hechos de su vida íntima que de alguna forma justifiquen esa intromisión. Sentencia del 5/5/2011 publicada en RCyS 2011-XI.302.

(18) NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial”, cit.

(19) La CNFed. Contenciosoadministrativo, sala 3ª, en la causa “Otto, Héctor Emilio s. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo, con fecha 24/11/2016, resolvió que era nula la fiscalización en relación con el impuesto al valor agregado por haberse fiscalizado un impuesto que no estaba comprendido en la orden de intervención, la cual tiene por finalidad definir los alcances de la verificación a realizar por el organismo fiscal, permitiendo que el particular conozca qué parte de su esfera privada y sobre qué asuntos alcanzará la fiscalización, de manera que se respete su derecho de defensa y la garantía del debido proceso administrativo.

(20) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos

Cabe enfatizar la característica intensamente subjetiva de la zona de reserva, ya que cada persona tiene grados de reserva, conforme a su estilo e historia de vida. Los grados son prácticamente infinitos y dependen de estilos de vida, temperamento, grados de exposición, etcétera.

#### **IV. Planos subjetivo y objetivo de los derechos personalísimos**

Una primera aproximación al tema pareciera evidenciar, con certeza, que coexisten dos planos referidos a la tutela de los derechos que estamos analizando. Un plano subjetivo, o sea la sensibilidad personal de cada sujeto, y un plano objetivo, o sea las características exteriores de la personalidad. Un análisis profundizado permite relativizar dicha distinción y detectar el predominante sesgo subjetivo del tema.

Dicho análisis requiere indagar los temas de realidad, percepción, marcos de referencia y aquello que llamamos pautas, criterios o modelos sociales.

##### *IV.1. Realidad y percepción*

La “realidad” consiste —en un análisis técnico— en aquello que percibe cada observador conforme a sus intereses. Esta aseveración ya marca una primera separación conceptual entre aquello que llamamos objeto de nuestra percepción y el resultado psicológico o de representación mental de dicho objeto. No tenemos contacto “directo” con el mundo exterior que nos permita aprehenderlo tal cual es. Por ello, cuando un jurista escucha o lee comentarios como: “es real, lo vi en televisión”, “es real, me lo contó el vecino”, “me mandaron un video desde un teléfono”, “está escrito”, “lo dice el diario”, percibe claramente el desconocimiento de los planos de la realidad por parte del ciudadano común.

Para la percepción de la realidad exterior, las personas nos valemos esencialmente de dos bloques de referencia.

##### **IV.1.1. El marco de referencia social**

La necesidad de marcos de referencia es innegable: las personas no pueden afrontar el desarrollo de su vida en los muy diversos mundos susceptibles de fijar atención (filosófico, social, ideal, artístico, religioso, moral, etc.) sin reglas orientadoras.

Desde lo pragmático compartimos las siguientes creencias:

- a) Que existe una realidad exterior.

- b) La existencia corpórea mía y de otras personas.
- c) Que los cuerpos están dotados de conciencias esencialmente similares a la mía.
- d) Que las cosas del mundo exterior incluidas en mi ambiente y en los de mis semejantes son las mismas para nosotros y tienen fundamentalmente el mismo sentido.
- e) Que puedo entrar en relaciones y acciones recíprocas con mis semejantes.
- f) Que puedo hacerme entender con ellos.
- g) Que un mundo social y cultural estratificado está dado como referencia históricamente de antemano como marco de referencia para mí y mis semejantes, de una manera tan presupuesta como el mundo natural.
- h) Que la situación en que me encuentro en todo momento es solo en pequeña medida creada exclusivamente para mí (21).

Habermas aclara que el mundo de la vida no posee la sublime importancia del sublime cosmos o del orden ejemplar de las cosas, ni la sucesión ordenada de sucesos relevantes para la salvación. Nos abarca, nos lleva a relacionarnos, como seres finitos, con lo que nos sucede en el mundo. Nos experimentamos performativamente como sujetos socializados en relaciones prácticas y vitales, y con otros sujetos activos que intervienen en el mundo (22). Por ello, esta clase de aprendizaje social no debe confundirse con el conocimiento científico que reclama una síntesis de los resultados válidos provenientes de una investigación. Schutz refiere que a través de mi actitud natural presupongo este mundo como mi realidad. Debo comprenderlo para entenderme con él, actuar dentro y sobre él, y llevar a cabo los proyectos que tengo entre manos. En este sentido el mundo está dado a mi experiencia y a mi interpretación. Esta interpretación la realizo con el acervo de mis experiencias, que a modo de conocimiento inmediato funciona como esquema de referencia. Se agrega que mi percepción del mundo no es una mera acumulación de manchas, elementos, fuerza, sonidos, etc., sino un mundo de objetos bien delimitados con cualidades definidas, objetos entre los cuales me muevo y debo operar, y que me ofrece resistencias, que debo tener en cuenta para obtener mis finalidades. Percibo dicho mundo en parámetros de lugar y tiempo, conmigo como centro (23). El conocimiento

(21) Esta caracterización la he tomado de SCHUTZ, Alfred — LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, 2ª reimpr. en castellano, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2009, p. 26.

(22) HABERMAS, Jürgen, *Mundo de la vida, política y religión*, trad. de Jorge Seca Gil, Trotta, Madrid, 2015, p. 24.

(23) SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social. Escritos I*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2015, p. 299.

habitual surge de elementos que se ordenaron inicialmente en niveles de familiaridad (24) (cocinar un huevo, accionar un interruptor de luz, viajar en un ascensor). Basta el grado necesario de conocimiento conforme a mis fines prácticos. Este conocimiento o aprendizaje se estratifica para su mayor utilidad en “tipos”: genero atributos de personas, objetos, sucesos.

En este ordenamiento, el lenguaje cumple un rol esencial: es un sistema de esquemas tipificadores de la experiencia, basado en idealizaciones y anonimizaciones de la experiencia subjetiva inmediata (25). Los esquemas significativos de experiencia predominante en la sociedad son imitados por el ordenamiento del lenguaje en campos semántico-sintácticos. La utilidad de distinguir entre símbolos y signos, y advertir la proyección sobre la naturaleza del lenguaje, debiera servir al intérprete para evitar el equívoco frecuente de identificar a las palabras como si tuvieran una relación natural con lo que significan.

#### IV.1.2. El marco de referencia individual

Es la suma de:

*Lo biológico*: Es el resultado de la integración de los aspectos biológicos (salud o patologías, niveles de capacidad o inteligencia, sensibilidad, fenotipo, plasticidad biológica, etc.). Estas características básicas constituyen el “soporte físico-biológico” de cada individuo e influyen en la integración con los otros “mundos” que se han referido.

*Lo psíquico*: Una caracterización de estilos generalmente aceptada los divide en nervioso, apasionado, colérico, sentimental, sanguíneo, flemático, amorfo y apático.

Los rasgos más comunes e importantes de una persona son temperamento y carácter.

El temperamento es un dato puramente orgánico, inmutable y necesario (26). El carácter es el resultado de las elecciones efectuadas por un individuo y consiste en las consecuencias observables de las mismas. En síntesis, más allá de las diferencias de criterios, el intento de las clasificaciones es hacer posible la comprensión de las individualidades humanas y de sus relaciones con el espíritu objetivo y los valores, sin que ello equivalga a suponer que en la realidad existen tipos puros (27).

(24) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 142.

(25) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 228.

(26) ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª ed. en español, actualizado y comentado por Giovanni Fornero, FCE, México, 2004, p. 141.

(27) FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994,

*Lo biográfico*: El individuo se inserta en el mundo exterior contando con un acervo de conocimientos básicos proveniente de su historia personal (fecha de nacimiento, lugar geográfico, tipo de familia, de estatus social, de sus experiencias conforme a edad, instrucción, círculo social, etc.). Este conjunto constituye el tema biográfico personal, individual. La situación presente se articula biográficamente (28). Por ello es personal, intercambiable. El acervo de conocimiento tiene siempre un componente privado. Es cierto que algunas habilidades se adquieren de modo similar: caminar, hablar, orientarme, etc., pero otras, sobre todo en cuanto a su significado, devienen de experiencias, habilidades, conocimiento práctico, conocimiento de recetas, que se adquieren de modo estrictamente individual. En síntesis: la secuencia, la cercanía y profundidad vivenciales y la duración de la experiencia determinan la articulación biográfica singular del acervo de conocimiento (29).

#### *IV.2. La percepción social de las personas. ¿Lo “objetivo”?*

Conforme a lo descrito en el punto anterior, o sea la suma de los “mundos” sociales e individual, la persona desarrolla un estilo de vida, que responde a su plan de desarrollo existencial. En el plano de cada sujeto, y en relación con la propia identidad, la zona de reserva respondería a interrogantes varios: ¿Qué temas prefiere que nadie conozca? ¿Qué concepto o captación tiene de lo que es íntimo? ¿Qué siente si es invadido? (grados de intensidad). ¿Cómo reacciona? (diferentes grados de intensidad de respuesta). ¿Cómo percibe las sanciones jurídicas? (retractación, disculpas).

Lo público, referido a las personas humanas, es el conjunto de signos exteriores que cada sujeto despliega en el «mundo exterior», constituido por una agrupación de elementos: la esfera familiar (estado civil ostensible, hijos, otros parientes), la esfera social (escala o medio social a que pertenece), laboral (tipo de actividad: comercial profesional, en relación de dependencia), estilo de vida (de diferentes perfiles), carácter (sanguíneo, flemático, reservado, etc.), con vida social intensa o reservada, actividades deportivas, gustos, etc. Estos signos exteriores, en su conjunto, son aquellos por los cuales nos damos a conocer en nuestra vida de relación.

Presentan una doble característica, por una parte, son subjetivos en cuanto constituyen la expresión de la propia autopercepción del sujeto, por otra parte, podrían ser considerados objetivos por estar constituidos por símbolos, acciones, fórmulas que son aprehensibles en los círculos en los cuales se desempeña la persona. Estas fórmulas o patrones, como bien

t. Q-Z, p. 3512.

(28) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 120.

(29) *Ibidem* p. 121.



señalan los sociólogos, constituyen una construcción social (30), o sea que forman parte de un “sistema” interpretativo de las conductas humanas, que ha sido necesario elaborar para armonizar la convivencia social.

Pero la caracterización como “objetivos” tiene variados matices de subjetividad, ya que depende a su vez de numerosos factores:

- Edad de quienes conocen o tratan a la persona. La consideración u opiniones varía considerablemente según las generaciones. Palabras que en otras épocas eran utilizadas como insultos, hoy día se emplean con otro significado totalmente diferente, como apelativos amistosos, como expresiones cotidianas sin agresividad alguna. Temas familiares, hábitos, inclusive sexuales, son tratados sin retaceo aun en los medios y redes sociales sin filtro alguno.

- Círculo social: diferentes estilos se observan en círculos profesionales tradicionales, o clases sociales.

- Estilos de vida: temas que, para personas reservadas, introspectivas, para otras personas constituyen temas de intercomunicación flexible, abierta, sin reservas.

- Fines del observador: diferentes enfoques asume un historiador, un filósofo, un sociólogo, un antropólogo, un psicólogo, un jurista.

En síntesis:

1. La captación de los estilos de vida y de temas específicos que refieren a la identidad, dignidad, honor, imagen, o cualquier otra expresión de la identidad de las personas, no es objetivo en el sentido de algo mensurable, tal como el sistema métrico, o de peso de objetos, o del calendario o de la hora.

2. Depende siempre de la subjetividad del observador y de sus fines. Un observador fundamentalista tendrá estimativas diferentes que un observador flexible.

3. Aun existiendo ciertos patrones sociales, son imprecisos, y solo alcanzan una adhesión considerable en temas extremos tales como los actos ilícitos graves, o aberraciones como trata de blancas o pedofilia, traición a la patria, etcétera.

4. Esta imprecisión se proyecta en las decisiones judiciales, en las cuales aparecen diferencias considerables. Entre muchos, en el tema que nos ocupa, respecto de Internet.

---

(30) Sigo en este punto la estructura conceptual propuesta en la obra citada de SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, ps. 25 y ss.

## V. Factores relevantes (contexto, circunstancias)

En un marco de relatividad, debido a la extensa influencia del elemento subjetivo en torno a los derechos personalísimos, cobran singular trascendencia las circunstancias, ya que permiten brindar en los casos concretos un significado pragmático a los vocablos imprecisos. Algunos de los factores centrales, son:

### V.1. *La acción intrusiva*

El solo hecho de entrometerse en la esfera privada, es suficiente para configurar el daño al bien jurídico protegido. No es necesario que se genere un daño adicional (31). Más allá de que el solo hecho de la intrusión es de por sí dañino, tiene relevancia para el juzgamiento de la conducta que hizo el invasor con la información a la que accedió. Si además de la intrusión, procedió a difundir, no cabe duda de que adiciona al ilícito originario el que se genera con la difusión. Tiene particular importancia el contexto en el cual se comunica la información privada por el titular del derecho: pareja, amistad, individual, rueda de amigos, si hay alcohol o drogas de por medio, etcétera.

### V.2. *El contenido*

Son innumerables los matices: temas de intimidad, ilícitos (cometidos o anunciados), los que pueden generar rechazo, censura o burlas, antigüedad de hechos o situaciones, hechos, actos o situaciones del mismo autor o de otras personas, casi de meras opiniones, o injurias, agresiones, amenazas, grados de certeza sobre el grado de autenticidad del pensamiento del titular del derecho. Puede ser el hecho mismo de la presencia o ausencia de una persona, fijados en fotografías, videos, captación por otra persona que luego lo difunde (testimonios), o cualquier otro medio de fijación o grabación, archivos de texto, libros personales que lleva la persona, anotaciones diversas, servilletas de papel, cartas, bosquejos.

### V.3. *Autor de la intromisión*

El ataque a la intimidad puede generarse por la presencia de alguna persona, tanto sea de conocimiento del interesado (parientes, amigos, conocidos) como de otras personas que ocasionalmente toman conocimiento: personal, proveedor, persona que hace reparaciones o alguna tarea en el domicilio.

### V.4. *Lugar*

---

(31) En autos "O. N. M y otros c. R. F. J. M.", resolución de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, sala 1ª, de fecha 11/12/2008, publicado en LL Online, AR/JUR/27127/2008, con motivo de la publicación de un local comercial y de los accionistas, sin autorización de ellos. el tribunal expresó que los simples hechos de usurpación constituyen un acto ilícito, aunque no concurren circunstancias dañosas, porque el daño está *in re ipsa* en la propia quiebra del respeto debido al individuo retratado sin su conformidad.

Es relevante el lugar donde se ha efectuado la intromisión: domicilio del titular, en otros lugares, si son públicos o privados. Pueden ser dichos, comentarios, gestos, silencios de la persona, que son grabados o fijados.

#### *V.5. Modo de acceso*

Es trascendente si fue con abuso de confianza, de modo clandestino u oculto, o aun con cámaras u otros artefactos que permitan la intrusión, si fue individual o con la participación de varias personas.

#### *V.6. Los fines*

Puede haberse accedido a una información privada de modo accidental. En tal caso, si además quien accedió mantuvo una actitud de reserva, de respeto, no habría intrusión. Un ejemplo, el caso en el cual la obtención de una carta privada abierta se haya ocasionado por haberse apoyado una carpeta o papeles, y al tomarlos se haya incorporado inadvertidamente dicha carta. En el sentido opuesto (mala fe), o sea, cuando se difunde lo privado de otra persona, se enmarca en los parámetros de la culpa (imprudencia, negligencia) o del dolo.

#### *V.7. Diligencia*

En la interpretación jurídica, cabe examinar asimismo la diligencia de cada uno de los protagonistas: el propio interesado, quien accedió a la información, quien haya operado adicionalmente, etc. En este punto, la casuística es inagotable. Por ejemplo, si una persona envía una comunicación íntima a través de un dispositivo, al menos en parte es responsable por su negligencia, porque no puede ignorar los riesgos que tal conducta aparejan.

El uso de dispositivos, por sí mismo, es una acción riesgosa. No solo los riesgos de la actitud del receptor, sino del acceso al dispositivo al que fue enviado, por parte de otras personas, e inclusive el riesgo derivado del robo o pérdida. Claro está que el solo hecho de recibir una comunicación íntima no autoriza al receptor a difundirla, e inclusive hasta podría considerarse atinado que la suprima para evitar daños. En referencia a los terceros, también operan similares principios: el hecho de recibir información íntima, personal, para una persona diligente, implica no agravar el hecho con su propia ilicitud de reiterar la difusión, más bien la de evitar dicho daño suprimiendo la recepción. Inclusive es relativamente frecuente el hecho de la difusión por criaturas que juegan con dispositivos, e inclusive el caso de difusión por errores de manipulación de dispositivos. Otro factor es el lugar en el cual el titular del derecho ha consignado la información, dato u otro registro: computadoras, tabletas u otros dispositivos, cajas, libros, estantes, en redes sociales.

### *V.8. El perfil social del titular del derecho*

También incide. En casos de funcionarios públicos (miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial), no solo por su propia exposición, sino también por el respeto debido a la investidura. En el extremo contrario, el caso de personas que suelen exponer fuertemente temas privados (la farándula), un tema es la propia exposición y otro la intrusión de otras personas sin autorización en relación con su vida privada.

### *V.9. Lo generacional*

El referirme a los participantes, aludo tanto al sujeto pasivo de la intromisión como a quienes han participado en el hecho intrusivo. El punto en cuestión es el extraordinario cambio del significado de lo privado respecto de las generaciones del siglo pasado hasta el presente. Como un simple ejemplo, los temas que, en la generación del cuarenta, cincuenta y hasta sesenta eran íntimos, privados, personales, hoy en día aparecen en todos los medios (radiales, televisivos, etc.) con una amplitud de detalles, de vocabulario y hasta exhibicionista, sin freno alguno.

Además, no solo es ejercida dicha difusión por quienes trabajan en los medios, sino ciudadanos (que en algunas ocasiones revelan su identidad) que se comunican con los periodistas espontáneamente efectuando relatos, comentarios y hasta confesiones sobre temas de su vida privada, que en otra época hubieran provocado la intervención de la justicia. Esta ola de exhibicionismo incluye comunicaciones telefónicas con personas que no están advertidas de “estar en el aire”, hecho que es ilícito sin discusiones (es unánime la doctrina que sanciona por ilícito el empleo de cámaras u otros artefactos ocultos, sin consentimiento del afectado). Hasta se ha llegado a la confesión de delitos ante periodistas. En síntesis, casi no quedan límites para lo privado.

Las causas de este cambio social son múltiples y complejas: reacción respecto de actitudes consideradas rígidas, estrictas, diferente percepción del mundo por las nuevas generaciones, privilegiar la espontaneidad, comunicarse de otro modo en la convivencia, aspiración a una interacción más profunda, conocer otros puntos de vista sin depender de cánones fijos, una concepción menos estricta de las costumbres en las diferentes clases sociales, la globalización del mundo, etcétera.

Este aspecto también incide en la tarea interpretativa. La caracterización de hecho intrusivo deja de ser amplia, única. En cada caso, cualquiera que sea el rol del intérprete (sociólogo, jurista, filósofo, periodista), debe integrar en su tarea evaluativa, entre otros factores, la edad de quienes han intervenido. La publicación de un tema íntimo tendrá un significado intrusivo muy diferente para personas de diferente generación. Una

intromisión fuertemente inaceptable para una estructura cultural de los años cuarenta o cincuenta quizás es tomada como una simple broma divertida para una persona de generación más próxima. Buena prueba de ello, entre muchos otros factores, es la toma de fotografías, videos, audios de temas íntimos en toda clase de dispositivos, cuando nadie puede dudar o conocer el riesgo que ello implica. Dichas prácticas, en realidad, implican una aceptación expresa sobre la posible difusión.

## **CAPÍTULO II - DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y PRUEBA**

### **I. Situación del intérprete jurídico ante una consulta sobre agravio de la intimidad o privacidad**

Desde un plano genérico, el tema de la subjetividad de los hechos o actos jurídicos, constituye uno de los capítulos más problemáticos de la interpretación jurídica (buena o mala fe, ilicitud, culpa, dolo, imprevisión, diligencia, negligencia, responsabilidad, fuerza mayor, caso fortuito, etc.). En el plano específico de los derechos personalísimos la imprecisión es mayor por varias causas:

- El intérprete debe partir del relato de quien consulta.
- Es casi imposible que pueda conocer la extraordinaria variedad de factores implicados en la estructura jurídica de la privacidad.
- Aunque pudiera conocerlos, dependerá de la intensidad de los medios probatorios que proporcione el consultante.
- Aunque los medios probatorios sean amplios, desconoce los argumentos y medios probatorios de la otra parte, o de terceros implicados en la acción.

En consecuencia, el grado de predictibilidad de la solución de cada caso suele ser muy bajo, salvo casos extremos.

### **II. Proyección de la posición del intérprete respecto de la prueba**

El punto a desarrollar respecto de la prueba es el tema de la validez o, en su caso, admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba de intromisiones a los derechos personalísimos. Trato este tema debido a la duda que genera la tramitación de pruebas preconstituidas de intromisiones, ya que quien debe generar la prueba (abogados, escribanos, particulares) no puede tener certeza si dicha reconstitución no constituye a su vez un agravio independiente. Ejemplo de lo referido es el caso de solicitud a escribanos por parte de abogados o de los propios interesados, de autenticación de páginas en Internet, o de audios o imágenes en dispositivos. El escribano

requerido, por una parte, debe cumplir con su obligación de responder al requerimiento, y por otra parte, carece de certeza sobre la legitimidad de la actuación (actas, certificados) por la propia naturaleza de dichos contenidos. Este punto se conecta con lo anteriormente descrito respecto de la posición del intérprete y la ambigüedad de las expresiones de intimidad, además de carecer quien aspira a generar prueba, de la totalidad de los factores relevantes, que solo aparecen en los procesos judiciales, prueba de por medio. Además, el tema exige conciliar dos tutelas constitucionales del derecho de defensa en juicio: el derecho de quien pretende preconstituir prueba y el recíproco derecho de quien la impugna. Ambos derechos emanan del principio constitucional de defensa en juicio.

De allí, que el desarrollo del punto lleva a considerar el principio de legalidad de las pruebas.

### III. Principio de legalidad

La obtención de la prueba debe enmarcarse en un contexto de legalidad. Debido a ello, como principio general, las pruebas conseguidas de modo ilegal no son válidas y no deben ser admitidas en el proceso respectivo (32). Doctrinariamente (33) se distingue entre prueba prohibida (género) y prueba ilícita (especie). La primera remite a todo elemento, contribuye a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo, por lo cual se la considera ilegítima. Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida agravando la Constitución o tratados internacionales asimilados a ella. En consecuencia, es una prueba ilícita.

Adicionalmente, respecto del concepto de prueba ilícita, se distinguen dos criterios: El criterio amplio, prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana, por lo cual es inadmisibile. El criterio restringido parte del concepto por el cual todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantía del acusado, y por ello toda infracción de las normas sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita por cuanto implica vulnerar al derecho al debido proceso.

### IV. Exclusión probatoria. Doctrina de “Los frutos del árbol envenenado”

En consecuencia, toda vez que una prueba sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos por la

---

(32) MURÚA, Gonzalo S., *La prueba ilícita en el procedimiento penal. La doctrina del fruto del árbol envenenado. Exclusiones probatorias. Excepciones*, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2014, p. 20.

(33) LOCKHART, José E., *La prueba ilícita en el derecho penal*, Revista Intercambios, nro. 16, p. 4.

Constitución será inadmisibles, conforme a la máxima o regla de exclusión. Dicha exclusión alcanza a aquellas especialmente prohibidas por la ley, las pruebas irregulares o defectuosas, las obtenidas o practicadas como violación de los derechos fundamentales (34).

El principio de exclusión probatoria, conforme a la doctrina mayoritaria (35), surgió a partir de un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Silverthorner Lumber Co vs. United States” (1920), en el cual se denominó a la prueba obtenida ilegalmente como “frutos del árbol envenenado”. En este caso el tribunal resolvió que no era válido intimar a una persona para que entregara a las autoridades documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. El mismo principio se aplicó en el caso “Nardone vs. United States” (1939), en el cual se resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación de un diputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial.

Dicho principio se incorporó en nuestro país en numerosos fallos: “CS Charles Hermanos”, “Montenegro, Luciendo Bernardino” (1981), “Fiorentino, Diego” (1984),

“Daray” (1994). Normativamente, el principio de exclusión está incorporado en el art. 211 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, Código Procesal de Santa Fe en su art. 162 y Código Procesal de Córdoba, art. 194 (36).

La casuística sobre el punto, que surge de los precedentes citados y doctrinarios, es amplia en cuanto a casos de ilicitud:

- El caso de un allanamiento generado con motivo de infracción a la ley de estupefacientes, en el que surge el secuestro de un arma de fuego, del cual nace un delito de tenencia ilícita, que no fue penalizado por haberse detectado conexión directa con la finalidad del allanamiento.
- Allanamientos policiales efectuados sin orden judicial en el cual se detectó la existencia de material pornográfico.
- El reconocimiento fotográfico sin haberse notificado al asesor letrado.

---

(34) ARBUOLA VALVERDE, Allan, “La prueba ilícita o espuria en materia penal”, en <http://www.allanarbuola.com/>.

(35) MURÚA, Gonzalo S., *La prueba ilícita en el procedimiento penal. La doctrina del fruto del árbol envenenado. Exclusiones probatorias. Excepciones*, cit., p. 34.

(36) *Ibidem* p. 36.

- Agregación de documentos a la causa sin circunstanciar cómo fue obtenida por los investigadores.

- Confesiones con apremios ilegales.

- Detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de haber cometido un ilícito.

## V. Excepciones al principio de exclusión

La regla de exclusión, como todo principio, admite excepciones que han sido generadas por la doctrina y la jurisprudencia (37).

### V.1. *La fuente independiente*

Es un caso de validación de la prueba (en principio ilegítima) si otras pruebas corroboran la obtenida de modo irregular. El Código Procesal Penal de Córdoba, en su art. 194, al referirse a la ilegalidad de las pruebas establece: "... la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación, y fueran consecuencia natural de ella". *A contrario sensu*, se puede hacer valer la prueba ilícita y las que sean consecuencia de ella, cuando se puede arribar a la misma con pruebas legales independientes. Sería el caso de una confesión ilegal por torturas, en las que un sujeto confiesa tener un arma ilegalmente, lo que genera un allanamiento en el cual se encuentra dicha arma. Tanto la confesión como el allanamiento son ilegales, pero si un testigo (fuente independiente) afirma que vio al imputado ingresando a su casa con un arma, dicho testimonio valida la prueba ilegal porque la prueba no depende exclusivamente del procedimiento ilícito (38).

### V.2. *Eficacia a favor del imputado*

Es el caso en el cual la prueba obtenida ilícitamente beneficia al propio imputado. Podría ser el caso de una escucha telefónica ilegal, que permite descubrir que el autor del hecho es un tercero.

### V.3. *Principio de proporcionalidad*

Es el caso en el cual la obtención de la prueba se ha producido con una infracción leve y su exclusión traería aparejado un gran daño. Un caso sería

---

(37) MURÚA, Gonzalo S., *La prueba ilícita en el procedimiento penal. La doctrina del fruto del árbol envenenado. Exclusiones probatorias. Excepciones*, cit., ps. 48 y ss.; LOCKHART, José F., "La prueba ilícita en el derecho penal", cit., ps.50 y ss.

(38) MURÚA, Gonzalo S., *La prueba ilícita en el procedimiento penal. La doctrina del fruto del árbol envenenado. Exclusiones probatorias. Excepciones*, cit., p. 49.



una escucha ilegal (falta leve porque dicha prueba se puede obtener con autorización judicial) que permite descubrir un comando terrorista (39).

#### *V.4. Teoría del riesgo*

Es el caso de personas que son negligentes respecto de su propia intimidad, agravian por sí mismos sus derechos constitucionales o civiles. Un claro ejemplo es el de quien admite, autoriza grabaciones de hechos personalísimos ante periodistas. Ellos mismos generan la exposición de su intimidad.

### **VI. Fundamentos de la amplitud de admisión de la prueba del agravio a los derechos personalísimos**

1. La legalidad o ilegalidad de cualquier acto. No puede predicarse de modo general y abstracto con base en un solo elemento, depende de un conjunto de factores.

2. Es imposible conocer antes del desarrollo del juicio los factores que definirán la legalidad o ilegalidad de un medio de prueba.

3. Quien preconstituye una prueba ejerce una de las vertientes del principio de defensa en juicio.

4. La prueba preconstituida, aunque pueda ser luego considerada ilegítima, no genera daño, ya que, en caso de tal calificación negativa, la prueba será desestimada.

5. Quien preconstituye la prueba lo hace debido a una anterior intromisión ilícita. No es un acto independiente de quien pretende generar la prueba. El solicitante responde a un ataque de sus derechos.

6. Aun cuando la prueba sea posteriormente considerada ilícita por el magistrado interviniente (quien conoce los factores implicados), podría ser validada por alguna de las excepciones al principio de exclusión.

7. Los derechos personalísimos tienen, por su propia naturaleza, jerarquía constitucional. Debido a ello, la prueba de los agravios debería ser rigurosamente ponderada en su contexto ante los ataques o intromisiones. La limitación a la actividad probatoria debiera ser considerada excepcional y solo en casos extremos considerarse ilegítima.

---

(39) *Ibíd*em p. 52.

8. En caso de duda, considero que debe darse prioridad al derecho de defensa de quien ha sido atacado en su intimidad.

9. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en el caso “Ekmekdjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo y otros”, expresó, respecto del derecho de respuesta, que el mismo «tiene por finalidad la aclaración gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad en los medios de comunicación social que los difundieron. Tuteló el derecho del acto, aun cuando no había sido personalmente referido en la difusión objeto de la impugnación (el actor reconoció en su presentación que ejercía un derecho de protección difuso)”. El tribunal, en su mayoría, expresó que quien replica asume una “suerte de representación colectiva”. Este fallo, en mi opinión, rubrica lo expresado anteriormente en cuanto a la amplitud de ponderación que sostengo (40).

10. La prelación jerárquica de los derechos personalísimos, inclusive frente al derecho de libertad de prensa, es de tal intensidad, que ha permitido su tutela con medidas cautelares provisorias, con la finalidad de admitir la prevención del daño (41).

11. El posible margen de ilegitimidad de alguna prueba no significa ilegitimidad global del proceso judicial. Las pruebas implican un conjunto, una estructura probatoria, dentro de la cual cada una de ellas debe ser interpretada judicialmente. Por ello, el juicio de ilegitimidad no es parcial de cada una. El conjunto es aquello que brinda la estimativa general. ♦

---

(40) Fallo publicado en LL 1992-C-543, con nota de Pedro L. MANILLI.

(41) CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, 1992, “Servini de Cubria, María R.”, LL 1992-D-112. La procedencia de medidas cautelares ha sido también propuesta por CIFUENTES, Santos y RIVERA, Julio César, en su “Anteproyecto de Régimen integral de tutela de los Derechos Personalísimos, art. 62 bis, III a)”, ED 1986-115-862.

# LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y LOS ADULTOS MAYORES

POR ZULEMA WILDE

## I. Introducción

La vida humana se manifiesta en este momento sin límites determinados por la biología u otros factores.

La población mundial hoy es récord en cuanto a su número, por efecto de la prolongación de la vida de sus habitantes, causado en parte por la mejora generalizada del nivel de vida, la disminución de la mortalidad infantil, los esfuerzos dedicados por la ciencia a evitar la propagación de enfermedades contagiosas.

La esperanza de vida, que es la estimación que se realiza al momento del nacimiento respecto de los años que viviremos, casi se ha triplicado en el decurso.

Al recorrer el Palacio Vecchio en Florencia, la guía del lugar afirmaba que el promedio de vida en tiempo de los Medicis era de veintitrés años. No cabe duda de que la edad promedio de la población mundial se ha extendido (1).

El indudable progreso de la ciencia, los recursos socio-sanitarios puestos a disposición de la población han producido el cambio demográfico. En los últimos doscientos años se duplicó la esperanza de vida.

Es un hecho difícil de rebatir que la biología molecular y la genética avanzan en el camino de esclarecer el proceso del envejecimiento.

---

(1) ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Informe mundial sobre envejecimiento y la salud, año 2015; <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/1/9789240694873-spa.pdf.va-1>

No todos envejecemos de la misma forma. Cada vida es única, cada ser humano llega a esa etapa a su manera.

El promedio de vida continúa en ascenso, lo que nos plantea un gran desafío: mejorar la calidad de vida de los adultos mayores.

Hoy conviven cuatro generaciones, de las cuales dos son envejecidas.

No sentirlos como una carga para la sociedad sino pensar en ellos en un continuo proceso de crecimiento y desarrollo, recordando que empezamos a envejecer desde que existimos.

Recién a mediados de los años setenta se comenzó a pensar en la conveniencia para la sociedad, en cuanto a cuidar de la salud de las personas mayores, resguardando su calidad de vida.

“El envejecimiento saludable” y “activo” es el objetivo al que se apunta, tanto previniendo, tratando y rehabilitando en la medida de las posibilidades que brinda la ciencia

Según la Organización de los Estados Americanos residen alrededor de ciento seis millones de personas mayores de sesenta años y se estima que en el año 2050 ascenderán a trescientos diez millones, de los cuales ciento noventa vivirán en América del Sur, América Central y el Caribe.

La CEPAL sostiene que el año 2040 será el momento del “quiebre”, en el que habrá más personas mayores que niños.

“Hasta hace solo unas décadas, este fenómeno del envejecimiento era característico de los países desarrollados, pero en el siglo XXI (el siglo del envejecimiento demográfico) el ritmo y los patrones que representan el envejecimiento poblacional en países en desarrollo no tiene precedentes; los cambios más rápidos se verán reflejados en algunos países del “tercer mundo”, con aumentos de poblaciones del 200-400% en sus poblaciones ancianas, mientras que en los países desarrollados se espera un aumento del orden del 30-40%. Del crecimiento absoluto de personas mayores de sesenta años que se aguarda en los próximos veinte años (1200 millones de ancianos), el 80% habitará en el segmento económico menos favorecido del planeta” (2).

Uruguay, Cuba y la Argentina se encuentran a la cabeza de los países más envejecidos del continente (3).

---

(2) WIDE, Zulema, “Las viejas generaciones futuras”, JA 2005-III-B.

(3) ROQUE, Mónica y ORDANO Susana, *La vejez es una cuestión de todos. Escenarios demográficos*, cit., p. 690; *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

La situación reseñada grafica suficientemente la necesidad del reconocimiento de derechos especiales para esta categoría de personas, a fin de reforzar su igualdad ante la ley, que está garantizada en general (desde las obligaciones del Estado) y en particular mediante la necesidad de la formulación de un derecho autónomo, que se fundamenta desde la vulnerabilidad de las personas mayores.

En comparación con la profusa producción de instrumentos internacionales que protegen específicamente los derechos humanos de los niños; la tercera edad ha recibido escasa atención.

Hoy comparten su vida dos generaciones envejecidas dentro de la misma familia.

## **II. El camino transitado hasta hace muy poco tiempo muestra la dispersión jurídica**

Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de edad (1991);

Proclamación sobre el envejecimiento (1992);

Declaración Política y el Plan de Acción internacional de Madrid sobre el envejecimiento) (2002);

Estrategia Regional para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento (2003);

Declaración de la Segunda Conferencia Intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe - Declaración de Brasilia (2007);

Plan de acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009);

Declaración de Compromiso de Puerto España (2009);

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe (2012).

Ese camino hacia la Convención también se visualiza en la:

V Cumbre de las Américas (2009);

Asamblea General (2010);

Asamblea General (2011);

Asamblea General (2012).

La conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado en enero del año 2000 elaboró el Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, el que entró en vigor recién en enero de 2009 (4).

Su objetivo fue asegurar la protección en situaciones internacionales de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no estén en condiciones de velar por sus intereses.

Deseando evitar conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de adultos; recordando la cooperación internacional para su protección y afirmando el interés del adulto y el respeto a su dignidad y a su voluntad, las que deben ser consideraciones primordiales.

Las disposiciones que se acordaron muestran lo limitado del enfoque, circunscribiéndolo a los supuestos de personas que padecieran una disminución o insuficiencia de sus capacidades personales. Además, limitando el ámbito de aplicación en determinados tópicos que enumera el artículo 4° (5).

### **III. Esa dispersión jurídica que se mostraba en materia de derecho internacional, también se visualizaba en el derecho interno con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación**

El Libro Primero en su capítulo tercero trae una regulación sistemática y ordenada no solo de los derechos personalísimos sino también de los actos personalísimos.

La doctrina civilista recomendaba su incorporación, no solo por la dispersión, sino por la vaguedad y vacíos, impulso que se reflejó en anteriores proyectos, en especial en el del año 1998.

No cabe duda de que la reforma constitucional del año 1994 vitalizó los derechos personalísimos, los que se vieron florecer aún más en la jurisprudencia y en nuevas leyes receptivas de ellos.

“Ha dicho Josseland que el derecho civil es el derecho por excelencia, el almacén mismo y la base de la jurídica. Quizás ningún otro tema revele en toda su hondura la verdad de esta afirmación como el de los derechos de la personalidad. Aquí el Derecho Civil está presente, si se me permite la expresión en estado puro. Se trata de los derechos primarios, esencia-

---

(4) Convención de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, 13 de enero de 2003.

(5) Convención de La Haya sobre Protección de Adultos, 13 de enero de 2003.

les, del hombre: el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, al respeto a la privacidad. Es decir, los derechos de los nadie puede ser privado sin lesionar el orden natural” (6).

Castán Tobeñas decía: “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico”, “Eje y centro del sistema, con esfera de actuación propia, debe tener medios de defensa y protección de los bienes que el derecho contempla” (7).

La doctrina nacional históricamente ha colocado en un rango de preferencia a la dignidad humana, así como a sus derechos derivados.

Inclusive con anterioridad a la sanción de la reforma de 1994, Bidart Campos afirmaba que todos los derechos humanos envían a la dignidad personal, manifestándose en todos ellos en mayor o menor medida, según su contenido e índole (8).

Para Colautti la dignidad es un presupuesto de todos los demás derechos, sin perjuicio de reconocerle autonomía, en tanto que Sagüés la ubica en el derecho a la condición humana, junto con los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud, al nombre, a la nacionalidad y a la propia imagen, y Ekmekdjian entiende a la dignidad y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.) sobre derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y sociológica, etc.) (9).

“Se ha visto el protagonismo de la persona como sujeto de las relaciones jurídicas y la sumisión a ella de todos los bienes y valores jurídicos: esta especial dimensión —resultante de su naturaleza humana y debido a su dignidad— determina que la persona, antes de ‘tener’ y además de su rango más primario, necesita ser protegida en la realidad de su ‘ser’; el orden jurídico asume esa realidad y la tutela”. “Personalidad y derechos de la personalidad son categorías diferentes: la primera es presupuesto de los derechos. Mientras la personalidad es una e inescindible de fraccio-

---

(6) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 108.

(7) BORDA, Guillermo A., “Prólogo” a la primera edición de CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit.

(8) BIDART CAMPOS, Germán, J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 72 y ss.

(9) MATTERA, Marta del Rosario, en WUST, Graciela (dir.), *Estudios de derecho privado, su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Asociación de docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; COLAUTTI, Carlos, *Derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 123; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 2, p. 37; EKMEKDJIAN, Miguel Á., “Del nuevo orden jerárquico de los derechos civiles”, ED 114-945, Bs. As. 2016.

namiento, los ámbitos a proteger en su proyección jurídica son parciales y diversos” (10).

No cabe duda de que ha sido Santos Cifuentes el que ha levantado la bandera del respeto por la persona humana, desde muy temprano.

Él dice con toda claridad que “todo ordenamiento jurídico es un centro con enlaces. Es orden: es organización para algo. Y, en el aspecto jurídico, para alguien. Ese alguien da fundamento a los esquemas, medios y fines que estructuran el orden. Dado que el ser humano establece el derecho para satisfacerse, es dable pensar que es el ‘alguien’ del sistema, el punto de referencia, el eje del ordenamiento implementado” (11).

“El hombre, por obra de su criatura, o, mejor dicho, obra propia, se colocaba fuera de la concepción jurídica; se ha olvidado de sí. Le vino ahora el turno de recordarse, interiorizarse y proyectar su ser en la norma, su yo frente a los otros. Y fue la acelerada evolución técnico-científica del mundo uno de los precipitados que le hicieron rectificar aquella orientación materializada y utilitaria; enaltecer su esfera y mismidad. Enfrentado al hombre a fuerzas regresivas, masificadoras, opone el escudo de derechos esenciales para el respeto de su condición humana y libre” (12).

Estas palabras nunca mejor expresadas respecto del hombre en una o varias de sus últimas etapas de vida.

Discriminación y marginación son dos ejes absolutamente claves respecto de los adultos mayores. Estos son los padecimientos que ellos sufren a diario. Últimamente, deberíamos sumar, en algunos casos, la violencia contra ellos. Violencia en sus distintas formas.

Pareciera que cuando se van perdiendo las fuerzas físicas, y a veces también las psíquicas y las espirituales, los derechos humanos de esas personas se van desvaneciendo, perdiendo fuerza, decolorando. Por ello se insiste tanto en cómo efectivizarlos.

De allí que el derecho y la legislación deben ser visualizadas como herramientas eficientes y eficaces, en la lucha para superar esos ultrajes.

Esta incorporación a nuestro nuevo Código es algo auspicioso, porque como afirmaba Santos Cifuentes: “podrá provocar crítica, el análisis o la

---

(10) TOBIÁS, José W., *Derecho de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009, cap. 13, ps. 509 y 514.

(11) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 108.

(12) *Ibidem*, p. 109.



adhesión, pero no dejará de dirigir el rumbo que evite la anarquía y estabilice el vuelo doctrinal” (13).

La norma contenida en el art. 51 del nuevo Código declara el valor intrínseco de la persona humana, así como el reconocimiento y respeto de su dignidad. Ese reconocimiento se difunde en todas extensiones: intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen, identidad, o cualquier otra forma que lastime su dignidad. Similar al sistema francés en cuanto resguarda de cualquier violación a la integridad de la persona.

Esta protección de la inviolabilidad se extiende también en el tiempo, a todas las etapas de la vida. La norma claramente expresa “en cualquier circunstancia”.

Mas la siguiente, el artículo 52, reza: “de cualquier modo resulte menoscabada su dignidad personal”. En consecuencia, no disminuye la protección ni la “forma” que asuma el avasallamiento, ni el “tiempo” en que se dé, ya que se resguarda ante cualquier posibilidad de vulneración.

La instrumentación para la protección de estos derechos ante la violación o la afectación remite a las normas de responsabilidad civil.

Prevención, cese o reparación ante cualquiera vulneración se canalizará a través de las normas contenidas en los artículos 1708 y siguientes. Son las disposiciones que regulan la responsabilidad civil. El Código robustece la concepción de que la responsabilidad civil no se agota con la reparación del daño causado, sino que se estructura en ella la misión de prevenirlo.

La norma contenida en el artículo 1770 materializa la protección de la vida privada, que resguarda constitucionalmente el artículo 19 de nuestra Carta Magna. Ya había manifestado Cifuentes (h) su preocupación en relación con la prevención de la intromisión en la vida ajena (14), encontrando solución en lo consignado en los artículos 1710 a 1713.

Cabe mencionar, que determinados ámbitos donde se aloja a los adultos mayores pueden ser lugares propicios para la vulneración de su dignidad. Ya sea cuando se los destina allí, sin su consentimiento, por voluntad de terceros, como cuando tampoco se respeta su derecho a autodeterminarse dentro de esos establecimientos (15).

---

(13) CIFUENTES, Santos, “Introducción a la segunda edición”, en ob. cit.

(14) CIFUENTES, Santos, “La vida privada y sus defensas”, LL 2006-F-1272.

(15) DABOVE, Isolina, “En el tiempo de los derechos, una mirada iusfundamental de las residencias gerontológicas”, JA 2012-I-1450.

“Una característica que merece especial atención es el hecho de que el maltrato no solo se da entre sujeto y sujeto, sino que, en ocasiones, es posible advertir una forma particular que se presenta en el ámbito institucional. Ese tipo de maltrato se relaciona en forma directa con el ejercicio del poder y puede ocurrir tanto en un hospital, como en una institución geriátrica, una cárcel o en cualquier institución donde el ente burocrático puede ejercer su dominio, no solo mediante las normas institucionalizadas sino también por coacción física, psicológica, emocional, económica, etcétera” (16).

La protección a la imagen también se extiende a la voz de la persona en el Código, marcando la necesidad de la manifestación de voluntad de su titular para su captación y producción. No olvidando lo reglado desgranar las excepciones al principio, extendiendo esa protección *post mortem* dando a los herederos o al designado por el titular en una disposición de última voluntad, el derecho a prestar el consentimiento, limitándolo a un tiempo de veinte años. A partir de allí, si la reproducción no es ofensiva, será libre.

No se supone que en el caso de los adultos mayores sea probable la contratación que tenga por objeto la realización de actos peligrosos para su vida o integridad. El artículo 54 prevé la norma de no exigibilidad de cumplimiento de la prestación en esos supuestos. Sin dejar de destacar la excepción y los recaudos adecuados a tomar en cuanto a medidas de prevención y seguridad conforme a las circunstancias.

La disposición de los derechos personalísimos es admitida en tanto no sea contraria a la ley, a la moral o las buenas costumbres. Ya Cifuentes aceptaba que eran relativamente indisponibles, derivando de su condición de *ad vitam*, de inherencia y extrapatrimonialidad esa indisponibilidad, la que no era absoluta. Cita a Brasiello, “en cuanto se debería hablar del bien al que el derecho se refiere” (17).

Mas al transcribir muestra que “... la protección no tiene una finalidad social verdadera, sino que protege un interés cuya apreciación es demandada exclusivamente por el titular individual del bien” (XVII). NOTA VACÍA

El artículo señala un lineamiento afín con la capacidad de la persona de trazar su propia vida.

---

(16) ODDONE, María Julia, MARLUZ, Gustavo R., “Aportes para el debate sobre el maltrato en la vejez. Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 331.

(17) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., pag. 186.

Amado Nervo escribió en orden a esa concepción: “porque veo al final de mi rudo camino, que yo fui el arquitecto de mi propio destino” (18).

El ejercicio de disposición de los derechos personalísimos es inseparable de la libertad y de la dignidad personal, con el límite que ha impuesto la ley.

La interpretación es restrictiva en cuanto al consentimiento, así como la posibilidad de revocarlo libremente.

Seguidamente el Código prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo, que ocasionen una disminución permanente de su integridad o que resulten contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

Marcando como excepciones cuando sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la propia persona y excepcionalmente de otra (19); remitiendo a la legislación especial, en caso de ablaciones y trasplantes.

La interpretación que debe darse a ese consentimiento es restrictiva, como libremente revocable. Así lo dispone la parte final de la norma.

Los Fundamentos ponen de relieve la diversidad de situaciones que plantea el derecho a la integridad, sosteniendo que el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos o productos no pueden ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial.

Ya en el artículo 17 se afirma que el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico humanitario o social.

“El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible su identificación de estas con esa persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio” (20).

---

(18) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 186, nota 96; BRASIELLO, “Derechos subjetivos disponibles e indisponibles, los derechos de la persona” en *Revista Crítica de Jurisprudencia*, 1934, ps. 590 y 591.

(19) NERVO, Amado, poema “En Paz”, en *Elevación*, 1916, cuyo epígrafe dice “Artifex vitae, artifex sui”; artífice de sí mismo, artífice de su destino.

(20) PANDIELLA, Juan, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, art. 17, ps. 20-21.

Vinculación estrecha con lo desarrollado es el tema de las investigaciones en seres humanos, ya sea a través de intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente (art. 58).

La norma transcribe una serie de requisitos, que tienen el valor de ser una regulación a nivel nacional, lo que implica un piso mínimo a respetar.

Los incisos a) a j) rezan esos requisitos mínimos exigidos, reafirmando no solo el respeto a la dignidad e intimidad de la persona sino asegurando su autodeterminación, al consignar la necesidad del consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico del ser humano que interviene en la investigación. Al que se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de esa investigación, sus riesgos y posibles beneficios. Por ello muchas de las clínicas norteamericanas filman la explicación que se les brinda a aquellos que van a participar de ese tipo de investigaciones, a fin de preservarse en este aspecto.

No cabe duda de que esta temática está profundamente vinculada con la bioética, de allí de la necesidad de contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación ética.

La regulación de las investigaciones científicas o clínicas no solo tiene relación con las disposiciones civiles, sino que es una actividad reglada por el Ministerio de Salud, por medio del ANMAT (21).

Este organismo entiende que es necesario fomentar la investigación clínica de medicamentos destinados al tratamiento de enfermedades poco frecuentes, como así también de medicamentos destinados al tratamiento

---

(21) Publicación del 21 de marzo de 2016. La ANMAT y la investigación clínica. "Tal como lo destaca la Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud de la Nación, la investigación en salud humana es una actividad trascendente para la comunidad pues contribuye a mejorar la calidad de vida, la protección de la salud y la atención de la enfermedad de los individuos que la componen. Además, destaca que toda investigación que involucre a seres humanos deberá basarse en valores éticos fundados en el respeto por la dignidad de las personas, el bienestar y la integridad física y mental de quienes participan en ella... La investigación clínica constituye un paso básico para que los medicamentos y los nuevos tratamientos, lleguen a quienes los necesitan. Además, debe tenerse en cuenta que sin investigación no habría propuestas mejoradoras para la prevención y tratamiento de las enfermedades... para que la investigación clínica sea un procedimiento que actúe en beneficio de la población debe desarrollarse en un entorno que garantice la protección de los participantes, en consonancia con las exigencias que proponen la Declaración de Helsinki (en su versión vigente), aprobada por la Asociación Médica Mundial, el documento de las Américas y la legislación argentina al respecto".

de grupos de población como niños, mujeres y “ancianos” que tradicionalmente han estado poco representados en la investigación clínica.

Cuando esas investigaciones van a desarrollarse en personas con alguna discapacidad, necesariamente deberá recurrirse al sistema de apoyos, que articula el artículo 43 del Código en consonancia con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (art. 12).

El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud se encuentra reglado en el artículo 59 del mencionado Código.

Su fundamentación deriva del principio bioético de autonomía y de las normas constitucionales: el artículo 19 que es acorde con el llamado “principio de reserva”, que resguarda la privacidad de la persona en la medida que no afecte la moral pública ni los derechos legítimos de terceros; el artículo 33 que resguarda los derechos y garantías implícitas y el artículo 75, inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales que enuncia, en materia de derechos humanos.

La norma analizada da los requisitos mínimos que debe contener, lo que implica que se tornan exigibles para todo el territorio de nuestro país al estar reglando el ejercicio de derechos personalísimos como son la salud y la autodeterminación sobre el propio cuerpo. Su redacción es similar a la que brinda la ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. (leyes 26.529 y 26.742).

La doctrina legal del consentimiento informado tiene su origen en los Estados Unidos como consecuencia del interés creciente en la sociedad respecto de la información acerca de la salud.

“Stephan Wear (Informed Consent, 1993), cuyo libro es clave para la moderna doctrina sobre el tema, señala como elementos del consentimiento informado; a) los principios referidos a la autodeterminación de la persona; b) las líneas directrices más específicas, relacionadas con el daño indemnizable en casos de mala praxis, cuando ésta es consecuencia, al menos parcial, de la falta de una previa y adecuada información al paciente. De esta manera la revelación de la información, la evaluación y comprensión de esa información (con relación a la experiencia vital del paciente y su sistema de valores), constituyen para el autor el núcleo central de la doctrina del consentimiento informado, a la que agrega la libertad del sujeto que decide y la competencia para decidir” (22).

---

(22) HOOFT, Pedro, *Bioética y derechos humanos. Tema y casos*, LexisNexis — Abeledo-

Resulta de gran interés la lectura del planteo formulado por el doctor en filosofía, Sergio Cecchetto, con relación a que la noción de autonomía no ha sido definida y operacionalizada en términos claros, “pues no resulta nada sencillo hacer un análisis profundo que permita determinar si una persona tiene esa capacidad de elaborar un plan de vida individual o se hace responsable *in toto* por sus propias acciones. Se ha preferido apuntar no ya a personas que expresan globalmente su condición de autónomas, sino a cierto tipo de acciones pasibles de ser caracterizadas como autónomas en tanto cumplan con una serie de requisitos indispensables, a saber, intencionalidad, comprensión —nota que involucra inevitablemente a la racionalidad— e inexistencia de coacción externa” (23).

Volviendo al Código, en los ocho incisos del artículo se detallan los requisitos indispensables, siendo regla básica que sea prestado previamente a cualquier intervención o tratamiento.

Existen supuestos de excepción, cuando la persona por su estado se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad al tiempo de la atención médica y tampoco lo ha hecho con anterioridad, el consentimiento para aceptar o rechazar lo puede prestar otra persona, detallando la ley el orden de prelación de quienes pueden asistirlo en ese menester, “siempre que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud”. Sin embargo, en caso de ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene como objeto evitar un daño grave al paciente. Resulta claro que se han utilizado en estos dos últimos párrafos dos conceptos distintos: emergencia y urgencia, ambos no poseen la misma significación.

La aceptación dada por el paciente no solo puede ser modificada sino revocada en cualquier momento.

En los casos de personas adultas internadas en distintos tipos de instituciones, también deberá requerirse el consentimiento informado de ellas, cuando estén en condiciones de brindarlo.

Las directivas médicas anticipadas han sido denominadas por el notario español Juan José Rivas Martínez como el derecho a la autoprotección.

---

Perrot, Buenos Aires, p. 104.

(23) CECCHETTO, Sergio, en BLANCO, Luis G. (coord.), *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Universidad de Buenos Aires, 2002, cap. III

“La autonomía individual es un pilar básico de la construcción de nuestra personalidad, su respeto implica nada más ni nada menos que la protección de la dignidad humana. Se trata de ejercer plenamente nuestra libertad, asumiendo las consecuencias, buenas o malas, de tal decisión” (24).

El artículo solo se refiere a supuestos de anticipar directivas respecto de la salud y de la posible incapacidad cuando una persona en pleno uso de sus facultades mentales prevé disponer para su futuro. Es una muestra de respeto a la voluntad manifestada en ejercicio de sus derechos personalísimos.

La previsión de esa situación por parte de los adultos mayores es adecuada al ejercicio de esos derechos conforme a sus deseos, valores y creencias, frente al sentimiento de finitud de la vida.

La mayor edad no significa enfermedad, ni limitación de la capacidad, no debe considerarse a los adultos mayores carentes de ella porque hayan llegado a determinada edad. El envejecimiento es un proceso biológico y también social. Se lo coloca en determinado lugar, ubicándolo en un rol por haber arribado a una edad cronológica.

En el instrumento que suscriban podrán designar la persona o personas que expresarán el consentimiento para los actos médicos, así como también designar curador para su persona.

La necesidad de contar con un registro como el que se constituyó para las decisiones de última voluntad, permitiría a los médicos conocer de esas disposiciones. Nuestro país no cuenta con una historia clínica única a la que pueda tener acceso cada médico que interviene en el cuidado de la salud del paciente, como acontece en otros países. Ese recurso muy útil para el profesional, a los efectos de conocer la historia completa del enfermo con todos sus antecedentes, podría también consignar esas directivas anticipadas.

Exequias: Así como se puede ejercer la libertad de autodeterminarse en vida, se podrá manifestar anticipadamente la voluntad para disponer del modo y circunstancias de las propias exequias y la inhumación.

El artículo agrega que también podrá disponerse la dación en todo o parte del cadáver, con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Cabe sumar que la llamada ley Justina presume como donantes a todas aquellas personas mayores de 18 años, que no hayan dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la

---

(24) Crovi, Luis D., “Las directivas anticipadas en el proyecto”, en RDFyP 2012-4-332.

extracción de sus órganos o tejidos. En caso de no encontrarse registrada la voluntad del causante, el profesional a cargo del proceso de donación deberá verificarla conforme a lo que determine la reglamentación.

No se determina forma para instrumentar la manifestación y se hace un orden de prelación para las personas que podrán decidir con relación a los restos mortales. Dichas personas no podrán dar al cadáver un destino diferente al que le habría dado el fallecido de haber podido expresar su voluntad. Esta última parte del artículo es difícil de interpretar, porque si el causante no expresó su voluntad, mal se puede dar un destino distinto al ignorar cuál era el deseado.

#### **IV. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**

El objetivo de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

La Convención tiene un Preámbulo y siete capítulos. El Preámbulo, siguiendo el camino del respeto irrestricto a los derechos humanos ya consagrados en La Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirma que las personas mayores gozan de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales, haciendo hincapié en la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, en especial la derivada por motivos de edad. Pareciera que, desde un punto de vista de técnica legislativa, no hubiera sido necesario reafirmarlo, porque persona se es hasta el momento mismo de la muerte, sin embargo, ha sido imprescindible para lograr la efectivización de esos derechos, a fin de crear condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Busca que a medida que las personas vayan envejeciendo, puedan disfrutar de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación en todas las áreas de la sociedad. Intenta incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas.



La Convención no debe interpretarse como una limitación a los derechos o beneficios si los hay, más amplios, reconocidos en el derecho internacional o en la legislación interna de cada país.

Si los que se enuncian en ella, así como su ejercicio, no están reconocidos por los Estados, están obligados a adoptarlos con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención. Deben tomarse las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades.

Hay un solo límite o restricción que se puede imponer al ejercicio de los derechos cuando se busque preservar el “bienestar general de una sociedad democrática”; más en la medida que no contradiga el propósito y la razón de los derechos establecidos.

La Argentina no tiene contradicciones en esta temática, ha sido la promotora de la Convención ante la OEA por entender que era necesario reforzar la protección sobre esta determinada categoría de personas.

La convención trae múltiples definiciones, siendo más interesantes para este estudio somero la de “persona mayor”: aquella de sesenta años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a sesenta y cinco años. Este concepto incluye entre otros, el de persona adulta.

La “vejez” es una “construcción social de la última etapa del curso de la vida”.

“Discriminación por edad en la vejez” es cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Envejecimiento activo y saludable”, proceso por el cual se optimizan las posibilidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con la esperanza de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles seguir contribuyendo activamente en sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a los individuos como a los grupos de población.

Se desglosan los principios generales, reiterando la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor (capítulo II, art. 3º, inc. a]).

“(…) b. La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.

“c. la dignidad, la independencia, el protagonismo y autonomía de la persona mayor.

“d. la igualdad y la no discriminación.

“e. La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.

“f. El bienestar y el cuidado.

“g. La seguridad física, económica y social.

“h. La autorrealización.

“i. La equidad e igualdad de género y enfoque en el curso de la vida.

“j. La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.

“k. El buen trato y la atención preferencial.

“l. El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.

“m. El respeto y la valorización de la diversidad cultural.

“n. La protección judicial efectiva.

“o. La protección del Estado y participación de la familia y comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como su cuidado y atención, de acuerdo con la legislación interna”.

Principales deberes de los Estados:

a. Deberán adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas contrarias a la presente convención;

b. Tomarán medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con ella;

c. Adoptarán y fortalecerán medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos;

d. Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral, así como recopilarán información pertinente.

Derechos protegidos:

\*Igualdad y no discriminación por razones de edad (la afirmación es contundente; “Queda prohibida por la presente Convención, la discriminación por edad en la vejez”).

\*Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez.

\*Derecho a la independencia y a la autonomía (derecho a definir su plan de vida, conforme a sus convicciones y creencias).

\*Derecho a la participación e integración comunitaria.

\*Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (describe distintos tipos de ella: financiera, patrimonial, maltrato físico, psicológico, sexual, laboral, expulsión de la comunidad, toda forma de abandono o negligencia, dentro o fuera del ámbito familiar).

\*Derecho a no ser sometido a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

\*Derecho a brindar consentimiento informado en el ámbito de la salud.

\*Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, teniendo derecho a que sea integral, buscando que permanezca en su hogar, si así lo decide.

\*Derecho a la libertad personal.

\*Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información.

\*Derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación.

\*Derecho a la privacidad y a la intimidad.

\*Derecho a la seguridad social.

\*Derecho al trabajo (expresa el derecho al trabajo digno y decente, en igualdad de trato respeto de otros trabajadores, sea cual fuera su edad. Queda prohibida toda distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales. El empleo u ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales y ser remunerado con el mismo salario frente a iguales tareas y responsabilidades. Se refiere también a la gradualidad respecto de la jubilación, tema que no ha sido desarrollado en nuestro país).

\*Derecho a la salud física y psíquica.

\*Derecho a la educación (expresamente se refiere a la promoción de la educación y formación en las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, a fin de minimizar la brecha digital, generacional y geográfica).

\*Derecho a la cultura.

\*Derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte.

\*Derecho a la propiedad (uso y goce de sus bienes y no ser privados de ellos por motivo de su edad) (El Estado se obliga a tomar medidas a fin de prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad) (El Estado debe “Velar que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria”).

\*Derecho a la vivienda.

\*Derecho a un medio ambiente sano.

\*Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal.

\*Derechos políticos.

\*Derecho de reunión y de asociación.

\*Derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley.

\*Derecho de acceso a la justicia (Reglas de Brasilia).

Mecanismos de seguimiento de la Convención y medios de protección:

#Conferencia de Estados partes

#Comité de Expertos

#Comisión Interamericana de Derechos Humanos

#Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disposiciones generales:

+Abierta a la firma, ratificación y adhesión por parte de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

+Entra en vigor al trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación y adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

+Los Estados podrán formular reservas a la Convención en el momento de su firma, ratificación o adhesión, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención y versen sobre una o más de sus disposiciones específicas.

La República Argentina ya la ratificó y se ha adherido.

## **V. Conclusiones**

Ya no hay más discusión si son o no necesarios instrumentos internacionales que protejan específicamente los derechos humanos de los envejecientes, lo son; como también era preciso satisfacer esa esforzada prédica doctrinaria en relación con la regulación integral de los derechos personalísimos. En ambos casos hemos llegado al objetivo primigenio, esto nos compromete para seguir adelante.

Es ineludible concientizar que el envejecimiento es un proceso natural, comienza desde que existimos y se extiende toda la vida.

La gerontología ha identificado varias formas de vejez y envejecimientos.

Edad avanzada y vejez no significan lo mismo.

Es prejuicioso asociar vejez con enfermedad.

El tiempo biológico es únicamente una de las variables del envejecimiento. Este debe abordarse no solo desde la edad cronológica,

sino también desde la percepción subjetiva y desde lo social, lo que da lugar a la formulación de distintos conceptos de edad que interactúan entre sí.

La edad cronológica se refiere exclusivamente al calendario, y ella define una posición dentro de la sociedad, ya que muchas de las normas toman esa pauta para otorgar responsabilidades y privilegios al sujeto.

No cabe olvidar la genética del individuo, ni los factores ambientales.

El proceso de envejecimiento fisiológico se relaciona con la capacidad funcional y la gradual reducción de la densidad ósea, del tono muscular y de la fuerza. Se producen cambios, modificaciones en las capacidades sensoriales, alteraciones en la visión, la audición y el tacto, lo que supone dificultades en cuanto a la percepción del mundo.

En cuanto a los cambios motrices, el aumento de la fatiga, problemas con la artrosis y lentitud motriz suponen una disminución de la autonomía funcional.

Otra variable es componente psicológico. La edad subjetiva está relacionada con la forma que el individuo asume los cambios propios de la edad biológica, la cual está influida por la apreciación social de la vejez.

La vejez excede el binomio: salud-enfermedad.

No cabe asociar la normalidad con la autonomía y la patología con la dependencia, porque ello genera un gradual desapoderamiento del individuo que implica pérdida de autoestima y autonomía.

Los determinantes sociales de la salud son ingreso, desocupación, escolarización, infraestructura, calidad ambiental y participación social, entre otros.

Dentro de los determinantes sociales de la salud, hay uno que capta la atención de los investigadores con singular fuerza, la relación entre la esperanza de vida y la escolarización.

Las pruebas mundiales son concluyentes: a más años de escolarización, mayor esperanza de vida y esto independientemente de los niveles de riqueza.

Las causas de esta asociación se desconocen, pero es posible que intervendría la autoestima, el manejo del estrés y la depresión.

Existe una nítida diferencia entre la ancianidad normal, que es la que se acaba de describir, respecto del envejecimiento frágil (unido algún tipo de limitación de capacidad) y el envejecimiento patológico (o senilidad vinculado con la enfermedad).

La OMS habla de un nuevo paradigma, “sociedad intergeneracional”, el que plantea una sociedad para todas las edades, en la que deberían realizarse cambios construidos hacia el “envejecimiento activo”, definido como “el proceso donde se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez”. ♦





# LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS

POR LIDIA BEATRIZ HERNÁNDEZ

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La intransmisibilidad de los derechos personalísimos por causa de muerte. III.- Instituciones sucesorias y los derechos personalísimos. 1.- Indignidad. Causales. 3.- Revocación de legados por ingratitud. 4.- La protección de la vivienda familiar y el derecho a la intimidad. 5.- Testamento. Modalidades. Disposición del cadáver. a) Disposiciones no patrimoniales de última voluntad. b) Disposición al alma del testador. c) Modalidades de las disposiciones testamentarias. - Condiciones ilícitas o contrarias a la moral. - Condiciones prohibidas. - Condiciones referentes al domicilio o residencia del llamado. - Condiciones referidas a la religión. - Condiciones referidas al estado de familia.

## I. Introducción

Siguiendo la definición de Santos Cifuentes, los derechos personalísimos son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical (1).

---

(1) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 3ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 184.

De la misma definición surgen dos particularidades de los derechos personalísimos de importancia para el desarrollo de este trabajo, uno de ellos es la inherencia personal y el otro ser relativamente indisponible al decir del autor citado.

Respecto del primero deben diferenciarse la inherencia personal de los derechos personalísimos, aunque si bien esta característica los distingue de otros derechos, no lo hace de aquellos que sin ser personalísimos no son transmisibles por su identidad con el sujeto, como los que derivan de las relaciones familiares, la responsabilidad parental, los alimentos, la tutela, por ejemplo, además de los derechos laborales o los de uso y habitación, entre otros. Basta la unión inseparable con el sujeto para que esté prohibida la transmisión *mortis causa* y por actos entre vivos.

De allí que los derechos personalísimos son esenciales en el sentido de que no pueden faltar, pues en tal caso el individuo dejaría de ser persona ante la falta, por ejemplo, de libertad, o de honor o sin reconocimiento de su identidad y privacidad.

En el Código Civil los arts. 498 y 1196 se refirieron expresamente a los derechos inherentes a las personas y, a tenor de la nota del codificador al art. 2312 y al art. 1075 sobre responsabilidad aquiliana, permitieron una interpretación extensiva del art. 498 incluyendo sin duda a los derechos personalísimos en aquella definición que hemos adoptado (2).

Posteriormente, se incluyeron, además de destacar jornadas y congresos que mostraron preocupación por las lagunas de la legislación, en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y leyes como la 23.592 y 25.236.

La Constitución de 1994 completa la evolución en los arts. 42 y 43 referidos al derecho a la salud de consumidores y usuarios y a la acción rápida y expedita para garantizar el cumplimiento de esos derechos constitucionales. El art. 75, inc. 17, garantiza la identidad de los pueblos indígenas. Además, de haber recepcionado los tratados internacionales en el art. 75, inc. 22.

El Código Civil y Comercial en los arts. 51 y siguientes se refiere expresamente a los derechos y actos personalísimos remarcando su inviolabilidad.

---

(2) En el mismo sentido Vélez se refiere a los derechos personalísimos como derechos absolutos y cita a la libertad, igualdad, seguridad, etc., en la nota del 24 de junio de 1865 cuando envía al Ministerio de Justicia el primer libro del proyecto del Código Civil. Véase mayor desarrollo del tema en autor citado en nota anterior, p. 84.

Asimismo, el segundo aspecto a señalar y derivado del primero se refiere a que los derechos personalísimos, al confundirse con la existencia misma de la persona, son intrasmisibles por actos entre vivos y por causa de muerte.

De tal manera no son disponibles, aunque destacando un criterio no absoluto sino relativo. En este sentido, el art. 55 del Código Civil y Comercial se refiere a la disposición de los actos personalísimos admitiendo el consentimiento si no es contrario a la ley, la moral o a las buenas costumbres. No se presume y es libremente revocable; y el art. 56 se refiere a la disposición sobre el propio cuerpo, siempre que no ocasionen una disminución permanente, dejando a una legislación especial lo relativo a la ablación de órganos para ser implantados en otras personas (3).

En principio y a los fines de este trabajo, cabe destacar la indisponibilidad de los derechos personalísimos por causa de muerte. Es que, en este sentido, reitero, esos derechos son inseparables de la persona y finalizan con la muerte.

No obstante, esta última afirmación, la esencialidad de los derechos personalísimos y por ende su importancia para la persona repercuten en distintas instituciones del derecho sucesorio, por ejemplo, una de las más destacadas es la indignidad, tanto en su contenido en el Código Civil como en el nuevo Código Civil y Comercial.

Por otra parte existe la tendencia de alargar el respiro de la existencia de ciertos derechos personalísimos más allá de la vida del sujeto; es el caso de la intimidad, la invasión a los muertos, como fotografías del cadáver o de los últimos estertores, la difusión de sus memorias más recoletas pueden suscitar la reacción necesaria para tutelar a la persona que fue (4).

## **II. La intrasmisibilidad de los derechos personalísimos por causa de muerte**

De acuerdo con el art. 3279 del Código Civil, la sucesión es “la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”. El mismo Código en el art. 3262 disponía que las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores.

---

(3) Véase en este aspecto la reciente ley 27.447.

(4) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 700.

Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden.

Por su parte, el Código Civil y Comercial en el art. 2277 establece que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.

Se debe observar que, al erigirse la muerte en el hecho fundamental de la transmisión, ella marca no solamente el momento cronológico determinante de la apertura de la sucesión, sino el hecho jurídico al cual está vinculada (5).

Después de la muerte el fenómeno sucesorio involucra todo lo relativo a la atribución de las relaciones jurídicas de las que era titular el causante y que será continuada por sus sucesores.

No obstante estas definiciones de nuestra ley, la herencia no contiene la totalidad de los derechos subjetivos del causante pues, como hemos dicho, aquellos esenciales a su personalidad finalizan con la muerte y no son transmisibles.

La particularidad de la sucesión por causa de muerte en el sistema de continuación en la persona es que el heredero es considerado en idéntica posición jurídica que el causante en la esfera patrimonial de este. Como vimos, es propietario, poseedor, acreedor y deudor de todo aquello de lo que el causante era propietario, poseedor, acreedor y deudor. De allí que el heredero es un sucesor universal, pues como se desprende del art. 2277, último párrafo, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento y, según el art. 2280, responde por las deudas del causante con los bienes que reciben o con su valor en caso de haber sido enajenados.

El art. 400 dispone, al igual que en el Código Civil lo hacía el art. 3263, que es sucesor universal el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular.

La sucesión universal se caracteriza por la extensión del objeto pues comprende la totalidad o una parte alícuota del patrimonio de una persona mientras que la sucesión particular un bien u objeto en particular.

---

(5) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, 2ª ed. actual. por Hernández, Lidia - Ugarte, Luis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 10.

En la primera, según lo definía claramente el art. 3281 del Código Civil, la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos y puede no abrazar el todo sino una porción determinada de bienes, porque esta porción tiene por base necesaria el conjunto total, como la fracción a la unidad, conforme lo dijo Vélez en la nota al art. 3281.

En definitiva, la transmisión del contenido de un patrimonio o una parte alícuota del mismo como universalidad jurídica es propia y exclusiva de la sucesión por causa de muerte; pues como surge de las normas generales sobre hechos y actos jurídicos y derechos reales, en vida del sujeto puede transmitirse una universalidad de hecho, pero no de derecho. En este sentido, el art. 1927 del Código Civil y Comercial marca la diferencia al referirse a la relación de poder sobre una universalidad de hecho diciendo: la relación de poder sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos por un mismo nombre, como un rebaño o una piara, abarca solo las partes individuales que comprende la cosa.

Si bien la idea de continuación tuvo en principio un origen religioso, pues el heredero continuaba en las funciones sacerdotales del culto privado y no tenía necesariamente un contenido patrimonial, con posterioridad se desarrolla el concepto de unidad patrimonial. En tal sentido dice Bonfante: “El heredero era precisamente el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar y en consecuencia también en los bienes” y agrega “la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar de traspaso patrimonial” (6). De tal manera se hizo inmortal al propietario, al deudor, a la personalidad patrimonial, naciendo así la sucesión universal (7).

La concepción romana inspiró uno de los grandes sistemas actuales cuya culminación ha de encontrarse en la exposición de Aubry y Rau, en su teoría del patrimonio. Así como la idea romana de la continuación estaba referida a la *hereditas familiar* como universalidad, la concepción moderna se encuentra referida al patrimonio individual referido también a la idea de universalidad.

Nace así la teoría del patrimonio persona por la cual “la idea de patrimonio se deduce directamente de la personalidad considerada en su relación con los objetos exteriores”.

---

(6) BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, 4ª ed., Reus, Madrid 1965, p. 554, nro. 186.

(7) ZANNONI, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 6, con cita de SOHM, *Historia e instituciones del derecho privado romano*, ps. 662 y ss.

Debe recordarse que en la teoría que desarrollaron principalmente Aubry et Rau, seguida fielmente por nuestro codificador, el patrimonio es un atributo de la personalidad. Consideran para ello, que el patrimonio es una universalidad, distinta de los elementos que lo componen y que no comprende solo los bienes presentes sino también los futuros que se pudieran adquirir, es decir, que abarca *in potencia* los bienes a adquirir. Dirán los autores “el patrimonio de una persona es su poder jurídico considerado de una manera absoluta y desprendido de los límites del tiempo y del espacio” (8).

Si el heredero recibe *per universitatem* el patrimonio con su activo y pasivo, salvo aquellos derechos no transmisibles, lo cierto es que se constituye en deudor de lo que debía el causante siendo responsable por el cumplimiento de las deudas. Además, se parte de la base que siendo el patrimonio atributo de la personalidad solo puede transmitirse con la muerte; que cada persona posee un patrimonio y que su transmisión produce la confusión de su patrimonio con el del *de cuius*. Como consecuencia de esta concepción el heredero era responsable *ultra vires hereditatis*.

Como dice Maffia, si bien se hace mención a Aubry y Rau, no significa que sean los únicos creadores de la teoría cuyos gérmenes pueden referirse al Código Alfonsino y que tuvo su próspero desarrollo en Alemania, como lo atestiguan las obras de dos juristas caros al pensamiento de nuestro codificador: Savigny y Zachariae (9).

Como consecuencia de la referencia a la continuación de la personalidad patrimonial del causante, los llamados derechos extrapatrimoniales no son transmisibles por causa de muerte. Como se ha dicho, no tiene sentido hablar de la transmisibilidad de los derechos individuales, tanto civiles como políticos, puesto que ellos se extinguen con la persona y no se continúan por los herederos: estos tienen conferidas similares expectativas como sujetos de derechos (10).

De igual manera y como dijimos, por ser también inherente a la persona no es transmisible la posición que ocupaba el causante respecto del estado de familia; tampoco se transmiten las acciones de estado, aunque existen supuestos discutidos por la doctrina si el ejercicio por los sucesores puede considerarse *iure hereditatis o iure proprio*.

---

(8) AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit français*, 4ª ed., Paris, 1873, t. VI, p. 230, nota 6 al apartado 573.

(9) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 31.

(10) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed. actual., Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 114.

Por otra parte, el art. 714 del Código Civil y Comercial ha reproducido el discutido art. 239 del Civil ya reformado por las leyes 17.711 y 23.515, en el sentido de que al principio general de la intrasmisibilidad de la acción de nulidad de matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, se han establecido excepciones: a) el supérstite tendrá la acción contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge, si se opusiera la nulidad del primer matrimonio del cónyuge demandante debe resolverse esta oposición; b) la deducida por el cónyuge supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen y se haya celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior, y c) cuando la acción sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes.

Existe acuerdo en que la acción de divorcio solo puede ser promovida en vida de los cónyuges, principio que, aunque no está establecido en la ley, fluye naturalmente del fin perseguido por aquella. Las discrepancias se muestran, sin embargo, cuando se contempla la posibilidad de que los herederos puedan proseguir, luego del fallecimiento del cónyuge, una acción ya deducida.

Aunque resulte ocioso, convendrá destacar que tampoco en este caso el heredero recibe la acción como integrando la transmisión del causante, sino que su legitimación le es otorgada en defensa de sus intereses como tal.

Es que la continuación de la acción no tiene por objeto el divorcio, sino la declaración judicial que origine la pérdida de la vocación hereditaria conyugal. En el Código Civil adquiriría sentido, pues si bien la acción de separación personal o de divorcio se había tornado abstracta con la muerte que disolvió el vínculo conyugal, subsistían las consecuencias de la culpabilidad que fueran invocadas por los cónyuges durante su vida y que no fueron sentenciadas por el hecho fatal (11).

### **III. Instituciones sucesorias y los derechos personalísimos**

Como he mencionado en un apartado anterior, a pesar de que los derechos personalísimos no son transmisibles, lo cierto es que dada su esencialidad se proyectan en instituciones del derecho sucesorio, sean en la sucesión intestada como en la testamentaria. Trataré las más relevantes en virtud de la extensión que debo darle a este trabajo.

---

(11) Nota de la que suscribe con Luis UGARTE como actualizadores del *Tratado de las sucesiones* de Jorge O. MAFFIA, 2ª ed. actual., t. I, p. 103.

### III.1. Indignidad. Causales

Mi propósito no es agotar el tema de la indignidad en el derecho sucesorio, sino solamente resaltar la incidencia de los derechos personalísimos en las causales admitidas por la ley.

En este sentido, debe destacarse que el tema de la indignidad para suceder como sanción civil a quien ha realizado actos agravantes a los derechos personalísimos del causante ya fue recepcionada por el derecho romano, así en el imperio fueron creados, por resoluciones imperiales, una serie de supuestos de hechos de actos cometidos contra la persona o la última voluntad del causante o infracciones a las leyes generales que impedían suceder. Esta concepción fue también adoptada por el derecho prusiano, el Código austríaco y el Código alemán, además del Código Civil francés.

Según los derechos francés, austríaco y suizo, la indignidad se produce *ipso iure*; también en el derecho inglés en el caso del asesino (12).

Es sabido que en las causales de indignidad domina la idea de acto ilícito concreto al que se responde con la sanción civil de la pérdida de la herencia (13).

La vocación sucesoria supone vínculos de afecto y solidaridad entre el causante y los sucesores, por ello, cuando por hechos propios el llamado a la sucesión se coloca en una suerte de incompatibilidad moral respecto del causante, ello resuelve los derechos sucesorios, De allí que se la haya definido como la sanción operada por medio de sentencia judicial y a petición de los legitimados en virtud de la cual se produce la caducidad de la vocación sucesoria y hace que el declarado indigno sea excluido de la sucesión (14).

El Código Civil y Comercial ha ampliado las causales de indignidad, y en el art. 2281 considera indignos para suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante u ofendido gravemente su memoria; c) los que

---

(12) KIPP, Theodor, en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, MARTIN, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1976, t. V-II, p. 9.

(13) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, t. V, vol. I, p. 136.

(14) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 123.



hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causas de ingratitud que permiten revocar las donaciones.

También se ha eliminado la causal prevista en el art. 3294 del Código Civil referida al condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto por no tener aplicación, al haberse derogado por la ley 24.453 el art. 118 del Código Penal que tipificaba el delito de adulterio.

Las causales enumeradas son de carácter excepcional y limitadas, no pudiendo, por lo tanto, extenderse a otras situaciones, por lo que su interpretación restringida deriva de la naturaleza misma del instituto.

Aun cuando el nuevo Código no lo establece expresamente, como lo hacía el art. 3302, para calificar la indignidad se atenderá solo al tiempo de la muerte de aquel a quien se trate de heredar.

Ello, no obstante, se deben advertir tres excepciones al principio general. La primera está dada por el supuesto de omisión de denuncia de la muerte violenta del causante. La segunda, en el caso de sustracción del testamento, donde el hecho generador de la indignidad también puede producirse *a posteriori* del deceso del *de cuius*. Por último, la ofensa grave a la memoria del difunto.

Debe advertirse al repasar las causas de indignidad que en general se encuentra presente el agravio, consumado o no, contra derechos personalísimos del causante. Por ello, cabe reiterar que esos hechos resuelven la vocación del sucesor, salvo el perdón del causante o la caducidad del derecho a excluir al heredero indigno por el transcurso de tres años desde la apertura de la sucesión, conforme a los arts. 2282 y 2284 del Código Civil y Comercial.

Las conductas enumeradas en la ley importan agresiones o menoscabo a la integridad física o moral, a la vida, a la libertad, al honor, a la salud, a las

afecciones o a la memoria del causante. Importan conductas del heredero que afectan gravemente los derechos personalísimos del causante o de sus familiares directos.

A) Delito doloso contra el causante y sus parientes, cónyuge o conviviente.

En esta causal se sanciona a los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. No se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena.

En el Código Civil solo se penaba con la indignidad al delito de homicidio y a su tentativa.

En la actualidad se ha ampliado la causal desde tres puntos de vista. En cuanto a los hechos se incluyen ahora todos los delitos contra la persona, contra su vida, su salud, contra el honor, la integridad sexual, la libertad y la propiedad. Como dice Azpíri, coincide la enumeración con los respectivos capítulos del Código Penal (15).

Respecto de las personas vinculadas al delito, no solo se contempla a los autores y cómplices como en la legislación anterior, sino que se incluyen además a los partícipes.

En tercer lugar se extiende la protección a los ascendientes, cuya omisión durante la vigencia del Código Civil había sido criticada por la doctrina, y además se ha incluido al hermano y al conviviente con relación a los sujetos por cuyo agravio a su persona se considera causa de indignidad.

Desde otro punto de vista, esta causal no incluye en el nuevo Código a la tentativa, por lo que la interpretación restrictiva que debe seguirse conduce a afirmar que únicamente debe tratarse de un delito consumado. Asimismo, debe ser doloso, por lo que no pueden incluirse los culposos o preterintencionales.

De todas maneras, la tentativa contra la vida queda incluida, como se verá en la remisión del inciso f) al art. 1571, inc. a), del Código Civil y Comercial.

Una cuestión discutida es que la ley actual no requiere la condena penal, como lo hacía el Código Civil. En definitiva, se ha seguido la concepción

---

(15) AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, 5ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

doctrinaria que así lo propiciaba (16). En este aspecto se proponía *de lege ferenda* la supresión de esta exigencia, siguiendo las legislaciones más modernas, bastando para estos autores la prueba del homicidio en el expediente civil, aun cuando por cualquier causa no pudiera dictarse sentencia penal condenatoria (17).

En la legislación comparada, no requieren sentencia penal, el art. 2339 del Código Civil alemán, el que se refiere al que ha matado o intentado matar dolosamente, sin referencia alguna a la condena; el 463 del Código italiano, que tampoco se refiere a la condena penal pero excluye la causal cuando se den algunas de las causas que excluyen la punibilidad en las leyes penales y el Código Civil de Brasil en el art. 1814, entre otros.

Como consecuencia, si no existe condena penal será el juez civil quien deberá determinar si se tipifica la causa, si el hecho es doloso, o ha habido causales de inimputabilidad, como si no se pudiese comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, si obrase en legítima defensa, por ejemplo.

Al no requerirse la condena penal, se dispone que ni la extinción de la acción penal ni de la pena resultan trascendentes a los fines de la declaración de indignidad por el juez civil. Basta pues la prueba del agravio a los derechos personalísimos del causante que torna incompatible la vocación sucesoria resolviéndola.

De todas maneras, debe precisarse también que, si bien el agravio de los derechos a la persona del causante produce la resolución de la vocación, lo cierto es que ello no excluye la mayor protección de estos derechos personalísimos en vida del causante y la sanción respectiva a los autores y partícipes; salvo, claro está, el caso del homicidio cuya sanción se producirá con posterioridad a la muerte.

Durante la vigencia del Código Civil y respecto del homicidio como causal de indignidad se encontró como fundamento que “la naturaleza se subleva ante la idea de que el homicida o el asesino pueda recoger legalmente los despojos de su víctima”. En todo caso se ha sancionado al homicida con los efectos de la indignidad. De allí que se había señalado la incongruencia de la norma, al omitir otros delitos graves contra la persona del difunto y además no incluir a otros parientes del causante (18).

---

(16) SALAS, Acdeel, “La indignidad para suceder por causa de homicidio”, JA 1953-IV-167, nros. 29 y ss.

(17) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 207, nro. 156.

(18) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 129, citando a CHABOT DE

B) El maltrato grave al causante u ofensa a su memoria.

La causal de indignidad enunciada referente al maltrato grave al causante resulta novedosa, pues no se encontraba en el Código Civil. Se la ha criticado por su vaguedad y amplitud, sin que el legislador haya especificado si se trata de maltrato físico o moral. Solo se la califica de grave, por lo que no abarcaría el maltrato leve.

Se tipifica mediante una conducta directa contra la persona del causante, pues no se han incluido a sus parientes, cónyuge o conviviente, como en la causal anterior.

Al no distinguirse, el maltrato puede ser físico y con él puede lesionarse la salud o la integridad física del difunto, o psíquico agravando su salud psíquica u ocasionando solo daño moral. El abandono o la desatención puede también constituir maltrato de acuerdo con la condición del difunto en cuanto a su edad y su salud.

La gravedad del maltrato dependerá de las circunstancias del caso y deberá ser determinada por el juez.

Este apartado también incluye la ofensa a la memoria del causante, ya sea desacreditándolo, imputándole crímenes o difamándolo en público. Debe destacarse que la ofensa a la memoria se tipifica después de la muerte del autor de la sucesión.

Después de la muerte puede lesionarse la memoria del difunto afectando su honor, su intimidad revelando su vida privada o con publicación de papeles privados. En este sentido, son los sucesores los que deben cuidar de su memoria. Es lo que Díez-Picazo y Gullón Ballesteros llamaron la protección *post mortem* (19). De allí que, si la ofensa proviene de sus propios sucesores, su gravedad se acrecienta.

En un fallo de la sala C, con voto de Cifuentes, se protegió al sobreviviente de dos personas que vivieron juntas como hermanos, estaba de por medio la memoria del muerto al que se lo había tratado con publicaciones y fotografías como disoluto, drogadicto y viviendo con homosexuales. La sanción por daño moral abarcó el honor, la intimidad y se tuvo en cuenta, ante la

L'ALLIER, Georges A.

(19) Díez-PICAZO, Luis - GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, p. 361, y agregan lo contrario a esa protección supondría una degradación de la dignidad de la persona. Véase entre nosotros la causa "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida", en la cual la Corte Suprema condenó a la demandada por violación al derecho a la intimidad de la viuda e hijos del muerto que había sido fotografiado cuando acababa de fallecer (CS, 11/12/1984, LL 1985-B-114).

falta de parentesco, el dolor producido y la memoria del fallecido (20). Aun cuando no se trató de un caso de indignidad, sino de reparación de daño moral, resulta valioso y demostrativo de ataques a la memoria del difunto poniendo de manifiesto la justificación de la sanción de indignidad si se piensa que proviene de sucesores que, se reitera, son precisamente aquellos que deben custodiar la memoria del causante.

C) Acusación o denuncia contra el causante por un delito penado con prisión o reclusión.

Quedan excluidos de la sanción la víctima del delito, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente, hermano o que el acusador haya obrado en cumplimiento de un deber legal.

Esta causal reproduce con alguna variante la prevista en el 3293 del Código Civil, este preveía la voluntariedad en la denuncia o acusación por delito que habría podido hacerlo condenar a prisión o trabajos públicos por cinco años o más.

La norma actual es más precisa, pues se refiere a delito penado con prisión o reclusión y, aunque como el anterior no alude a la acusación o denuncia voluntaria, cabe inferirla pues excluye a quien actuó en cumplimiento de un deber legal.

Importa señalar que al mentar el concepto de denuncia o acusación, la norma está exigiendo una presentación formal ante un funcionario, y no la mera expresión irrelevante jurídicamente. De todas maneras, el texto supone la comunicación formalmente realizada a los funcionarios destinados a darle curso, sin que sea suficiente, por lo tanto, que la imputación sea proferida en lugar público y aun esparcida por la prensa (21).

Como surge del mismo texto del artículo, puede tipificarse la causal por la acusación mediante querrela o la simple denuncia sin participación como parte en el juicio penal. Tampoco la norma contempla el resultado, por lo que no resulta relevante si ha habido, por ejemplo, absolucón o condena.

Se sanciona con la indignidad el atentado contra la libertad y el honor del causante, conducta del sucesor que resulta incompatible con su derecho a suceder.

---

(20) CNCiv., sala C, 25/2/1993, ED 155-101.

(21) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 138.

Adviértase también que se excluye de la sanción precisamente a la víctima del delito o sus familiares, extremo no contemplado en el Código Civil y que había sido criticado por la doctrina. En este último caso la víctima también podría haber sido atacada en sus derechos personalísimos.

D) Omisión de denuncia de la muerte dolosa del causante.

En el primitivo derecho romano, los familiares tenían no solo el derecho sino también la obligación de vindicar la muerte del pariente, constituyendo un *officium pietatis*. Posteriormente, la obligación del heredero de la promoción y el sostenimiento de la acusación tuvo su fundamento en que el proceso penal romano no era posible sin la *accusatio*, de donde resultaba razonable que quien se aprovechaba de la herencia del causante cargara con la obligación de descubrir a quienes lo mataron (22).

Al igual que el Código Civil el actual mantiene esta causal, si bien con algunas modificaciones que no mejoran en todos los casos la ley anterior.

En el art. 3292 se establecía: “Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar”.

Posteriormente, la ley 26.618 modificó el art. 3292 reemplazando la frase “marido o mujer” por cónyuge, por lo que la norma resultó abarcativa de ambos esposos, sea el matrimonio formado por personas heterosexuales u homosexuales.

En la actualidad la norma se refiere a aquellos que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante. La modificación se ha dirigido en dos direcciones, la primera se ha ampliado no solo a los herederos como en la legislación anterior sino en general a todo sucesor incluyendo a los legatarios. En un segundo aspecto se ha cambiado muerte violenta por dolosa. En este sentido se le ha impuesto al denunciante la calificación del delito, lo que, coincidiendo con Azpiri, no me parece valioso.

La exigencia de la norma se reduce a la simple denuncia a la justicia, sin que sea necesario que designe expresamente la persona del matador, aunque le fuese conocida.

---

(22) DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats*, Paris, 1877, t. I, p. 301.

En el Código Civil la obligación de denunciar recaía exclusivamente sobre el heredero mayor de edad, ya que se supone el discernimiento para valorar las circunstancias del caso. No obstante, se interpretaba que debía tratarse de persona capaz, puesto que de no ser así cesaría la obligación (23).

Debe señalarse que, a partir de la ley 26.579 (BO del 22/12/2009 y promulgada el 21/12/2009), el sucesor que haya alcanzado los 18 años se encuentra obligado a efectuar la denuncia, y por ende puede ser sancionado con la indignidad. Actualmente así también lo establece el art. 25 del Código Civil y Comercial.

El art. 2281, inc. d), excluye ahora expresamente a las personas incapaces y con capacidad restringida.

También expresamente exceptúa de la obligación de denunciar a los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del homicida o de su cómplice, resultando indiferente que el parentesco sea matrimonial o extramatrimonial, ya que la ley no distingue. Son las mismas personas que el Código Penal exime de penalidad por encubrimiento, aunque en este el número de los comprendidos es mayor (art. 278).

La denuncia debe ser efectuada dentro del plazo de un mes. Entiendo que aunque el inciso actual no se refiere al conocimiento de la muerte como inicio del cómputo, así debe interpretárselo, pues no puede sancionarse al sucesor que no denunció por desconocer la muerte del causante; máxime cuando la sanción legal debe ser de interpretación restringida.

No obstante, entendemos que resultaba más precisa la norma derogada cuando en el art. 3292 se hacía mención al sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión.

El cómputo del término se remite pues al conocimiento de la muerte, y no a la fecha de producida esta, lo que constituirá una situación de hecho a determinar en cada caso.

Se debe estimar que si un heredero formuló la denuncia dentro del plazo, los demás coherederos estarán eximidos de formalizarla, puesto que la autoridad tendrá conocimiento del hecho y seguirá actuando de oficio por tratarse de un delito de acción pública (24).

---

(23) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 137.

(24) MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 137.

Resulta indudable que la omisión de denunciar la muerte dolosa del causante, aun en los pocos casos en los cuales la autoridad no haya procedido de oficio, aparece como un ultraje a la memoria del autor de la sucesión o en su caso —como también decía Demolombe— una indiferencia que se traduce en una suerte de complicidad moral.

E) La omisión de suministrar alimentos debidos o no recoger al causante en establecimiento adecuado.

También en estos casos aparece la incompatibilidad de la conducta del sucesor con el llamamiento hereditario. El Código Civil y Comercial ha unido dos causales diferentes, pero ambas se traducen en conductas que lesionan el derecho a vivir dignamente y muestran el desinterés y el abandono hacia el autor de la sucesión.

La primera causal es la omisión de los parientes o el cónyuge de suministrar alimentos debidos. En este sentido, los arts. 537 y 538 del Código Civil disponen del deber alimentario derivado del parentesco sobre los descendientes, ascendientes, hermanos, sean bilaterales o unilaterales, afines en línea recta, y los arts. 432 y 434 establecen el deber de alimentos entre cónyuges, aun después de la separación de hecho y del divorcio.

La norma que comentamos incluye a los parientes y el cónyuge, que gozan de vocación legítima en la sucesión del causante. También se ha sostenido que puede incluirse como sujeto pasivo al heredero instituido anterior al abandono. Ello porque podría hablarse —al igual que en el Código Civil— de la sinonimia accidental a que se refirió Rébora entre los términos pariente y heredero (25).

La ley anterior solo se refería a los parientes. Una interpretación rigurosamente gramatical llevaba a la afirmación de que los únicos alcanzados por la sanción son los parientes en grado sucesible del difunto abandonado en la sucesión *ab intestato*, o cualquiera que fuere su grado si se tratara de un llamamiento testamentario. Sin embargo, se consideraba incluido en los alcances de la norma al cónyuge, ya que, si bien no puede conceptuárselo pariente, los deberes de asistencia están impuestos sobre él con mayor rigor y constituyen una de las obligaciones sustanciales del matrimonio. Como vemos, la norma actual ha solucionado esta dificultad en la interpretación de la causal.

---

(25) RÉBORA, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 164; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 212. Tal interpretación es más difícil de sostener en la actualidad, aunque a mi criterio resulta más justa.



Se ha entendido que en vida del causante debería haber reclamo y condena e incumplimiento doloso. De tal manera que si se demostrara que por imposibilidad de hacerlo no se cumplió con la prestación no se incurriría en la causal (26).

Se dice que si no hubo reclamo ni condena no puede presumirse la necesidad. Entiendo que, tratándose de parientes cercanos o del cónyuge, aun sin reclamo podría probarse el estado de necesidad del causante y presumirse el conocimiento que tenía o debió tener el sucesor, salvo por supuesto la prueba en contrario a aportar por el acusado de indignidad.

También ha suscitado dudas en la doctrina lo referido al tiempo del incumplimiento, si este es parcial y luego fue cumplido, distintos supuestos que deberán ser valorados durante el proceso.

Asimismo, lo relevante para tipificar la causal es el solo incumplimiento, aun cuando los alimentos hayan sido suministrados por terceros.

En cuanto a la segunda causal, cuando los parientes o el cónyuge no hayan recogido al causante en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo, también implica un abandono que atenta contra la vida y dignidad del autor de la sucesión y su integridad física y espiritual.

El Código anterior en el art. 3295 comprendía al difunto cuando se encontraba demente y abandonado; la norma actual es más amplia, se refiere a aquel que no puede valerse por sí mismo. Por ende, no se requiere la incapacidad, aunque ahora se impone a los parientes y al cónyuge una acción directa, cuando en el artículo derogado podía hacerlo recoger por terceros.

F) El padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad.

La incompatibilidad de la conducta paterna con el llamamiento hereditario ante muerte del hijo surge de la lesión que se le ha inferido al derecho a la identidad filiatoria y el consiguiente abandono durante la minoridad.

En este sentido, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional, establece en sus arts. 7.1 y 8° el derecho del niño a conocer su identidad familiar y a preservarla.

---

(26) AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, cit., p. 63.

De todas maneras, como ha aclarado Cifuentes, el derecho a tener una filiación no significa que se trate de un derecho personalísimo sino en todo caso propiamente filiatorio. Esta afirmación no es aceptada pacíficamente, pues el mismo autor cita a De Cupis, quien incluyó entre los derechos personalísimos a la identidad filiatoria, y lo hace también la citada Convención.

Explica el autor citado que estos estados tutelados fuertemente son propios del orden familiar parental no construidos en rededor del sujeto por el ser él mismo sino en relación con otros. Ello significa que tampoco son relativamente disponibles como los derechos subjetivos de la personalidad, ni innatos, sino dependientes de dichos vínculos parentales (27).

Así, ha dicho Belluscio que el estado de familia es uno de los atributos de la personalidad, y Mazzinghi lo ha caracterizado como una noción abstracta que no se corresponde a una determinada relación familiar y que comprende los elementos comunes a todas ellas. Agrega Belluscio que está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos (28).

De todas maneras, la conducta del padre al no reconocer al causante de la sucesión durante la minoridad afecta derechos que lesionan a la persona en el momento más vulnerable de su vida y, además, lesionan también derechos morales y por ende resuelve el llamamiento a la sucesión.

Todo ello permite sostener que existe un deber a reconocer voluntariamente al hijo. La causal de indignidad supone que no se lo ha reconocido durante la minoridad voluntariamente conociendo su existencia, por lo que resulta irrelevante el reconocimiento cuando el hijo ya es mayor de edad.

Tanto en el Código Civil como en el vigente ha dado lugar a controversia si se tipifica la causal cuando haya habido posesión de estado durante la minoridad, pues el art. 584 establece que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento siempre que no sea desvirtuado por prueba en contrario, discusión que excede el objetivo de este trabajo(29).

---

(27) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 708 y cita 453.

(28) BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 46, nro. 15; MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, 3ª ed., Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 74, nro. 22. Comparte ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 58, nro. 27.

(29) Véase AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, cit., p. 64; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 221.

La primera de las causales incorporadas en el inciso f) vicia la vocación sucesoria del padre o de la madre que no hubieran reconocido voluntariamente al hijo durante la menor edad, lo que supone el emplazamiento del causante a su muerte, en el estado de hijo extramatrimonial, puesto que de otro modo sería de aplicación el nuevo art. 573, el cual, buscando coherencia con el primitivo régimen de nuestro ordenamiento, priva de vocación sucesoria al padre que reconociera al hijo ya fallecido y a los ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.

De manera tal que el supuesto de indignidad podrá cobrar vigencia en los casos en que el reconocimiento se hubiera producido voluntariamente luego de haber llegado el hijo a la mayor edad o que aquel fuera el fruto de una acción de reclamación de estado.

Vinculada con esto último aparece la referida dificultad derivada de la equiparación que el art. 584 del Código Civil y Comercial establece entre la posesión de estado y el reconocimiento expreso.

Coincidimos con Maffia en que la casual de indignidad también se tipifica en los casos en que se hubiera dado el trato de hijo, porque la equiparación concedida por la ley opera en el marco de la acción de reclamación, lo que supone, obviamente, la ausencia de reconocimiento voluntario.

Se presentan entonces diversas posibilidades: a) que el hijo no hubiese sido reconocido por su padre durante toda su vida, en cuyo caso, si el reconocimiento fuese *post mortem*, caería bajo la regulación del art. 573, según el cual el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama; b) que el hijo hubiese sido reconocido voluntariamente después de llegar a la mayoría de edad, en cuyo caso sería capaz de suceder, pero estaría sujeto a la sanción de indignidad; c) que el emplazamiento del hijo hubiese sido el producto de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, sea el hijo menor o mayor de edad, con igual solución que el caso anterior; d) que el hijo haya sido reconocido voluntariamente durante su minoridad, en cuyo caso el padre sería capaz de suceder a su hijo.

La omisión del reconocimiento espontáneo de su padre habilita al hijo damnificado a reclamar el resarcimiento del daño que ha sufrido como consecuencia de su conducta omisiva, pues su negativa infundada genera los efectos jurídicos al llevar implícita la sanción por indignidad.

Considerar que la negativa infundada de reconocimiento de filiación no configura ilícito lleva consagrar un tratamiento desigualitario entre el padre

que reconoce voluntariamente y quien no lo realiza, e implica, a su vez, contrariar normas y principios del ordenamiento jurídico positivo, incluidos los tratados internacionales. El derecho a la identidad del hijo tiene como contrapartida el deber de los progenitores de reconocer su descendencia (30).

Goyena Copello indica que esta causal de indignidad no puede argumentarse frente a un testamento que contuviese institución hereditaria o de legados a favor del padre, pues la norma prevé una situación genérica que queda desvirtuada por la voluntad concreta del hijo y testador (31). Lo cierto es que puede concordarse con esta posición solamente en los casos del testamento otorgado luego del reconocimiento.

#### G) Padre o madre privados de la responsabilidad parental.

Esta causal de indignidad no fue legislada por el Código Civil, aunque el art. 3296 bis se refirió también al padre o la madre que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna; por lo que resulta una novedad del nuevo Código.

Las causas de privación de la responsabilidad parental enumeradas en el art. 700 resultan de tal gravedad que justifican la sanción de indignidad.

Ellas son: la condena como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo, por lo que incluye el agravio a los derechos personales del hijo, como el derecho a la vida, a la integridad física y espiritual, al honor o a la libertad entre otros. El abandono del hijo dejándolo en estado total de desprotección; poner en peligro la seguridad, salud física o psíquica del hijo y haberse declarado su estado de adoptabilidad.

El artículo no ha previsto el supuesto de rehabilitación de los padres que ha establecido el art. 701 del Código Civil y Comercial. De todas maneras, si la indignidad debe ser juzgada al momento de la muerte del causante, parecería que no se tipifica la causal en caso de que los padres o alguno de ellos haya sido rehabilitado en la responsabilidad parental.

#### H) Atentado contra la libertad de otorgar testamento.

El art. 2281 en el inciso h) considera indignos a los que hayan inducido, coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de

---

(30) C3ª Civ. y Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 13/3/2001, LL Gran Cuyo 2001-520.

(31) GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 1972-1975, t. I, p. 517.

hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento.

Esta causal de indignidad estaba tipificada en el art. 3296 Código Civil. Allí se establecía: “Es incapaz de suceder el que estorbó por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste, o que forzó al difunto a que testara”.

La norma, tomada casi literalmente del Proyecto español de 1851 estaba dirigida a proteger la libertad de testar

La conducta prevista en el artículo vigente que obstaculiza la libertad del testador puede afectar el derecho a la privacidad del autor de la sucesión, a su intimidad y su libertad.

De todas maneras, se constituyen en ilícitos incompatibles con el derecho a suceder al causante.

I) Incurrir en causales de ingratitud causa de revocación de donaciones.

Esta causal no estaba prevista en el Código Civil y remite a las causales de revocación de las donaciones por ingratitud.

En este sentido, el art. 1571 prevé las siguientes causas: el atentado contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes, descendientes; la injuria grave a las mismas personas o las afecta en su honor; la privación de los bienes que integran su patrimonio; si se rehúsa alimentos al donante. La ley tutela el honor del donante y en nuestro caso el del autor de la sucesión.

Como se advierte, algunas de estas causas se confunden con las enumeradas como causales de indignidad por el art. 2281, aunque se incluye la tentativa no prevista en el citado artículo. Empero, algunas de ellas son más específicas como violatorias de derechos personalísimos. Por ejemplo, el atentado contra la vida del causante o contra su honor.

También debe tenerse presente que el art. 2420, Cód. Civ. y Com., prevé que la partición por donación efectuada por los ascendientes a sus descendientes puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad.

### III.2. Desheredación

El Código Civil en los arts. 3747 y 3748 regulaba el instituto de la desheredación. Para lo que nos interesa a los fines propuestos, enumeraremos las causales, en primer lugar, la de los ascendientes para desheredar a sus descendientes: Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante; si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente; si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados. El art. 3748 disponía que el descendiente podía desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

Como decía Cifuentes, el acto previsto en el inc. 1° es una manera de mostrar el desafecto, manifestándolo el padre en el testamento para que se pudiera excluir al hijo. Se me ocurre —agregaba— que ello importa, ni más ni menos, la tutela del honor paterno. Aquí la injuria de hecho se presenta como ataque y lesión corporal, pero la expresión está llevada a patentizar la falta de respeto, la ausencia de justa veneración que se merece el progenitor, por el simple y grave hecho de serlo. Se hiere la digna consideración que corresponde al ascendiente en su calidad de tal (32).

El Código Civil y Comercial ha eliminado el instituto de la desheredación, lo que ha ocasionado no pocas críticas de la doctrina.

En los Fundamentos del Proyecto de reformas, la Comisión redactora, especialmente refiriéndose al tema, dijo: “Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas”.

No compartimos la actual solución y como se ha dicho, los argumentos expresados en los fundamentos demuestran un grosero error conceptual (33).

En este sentido, en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 2013, cuando ya se conocía el Proyecto de reformas del Código Civil, se recomendó por unanimidad la reincorpora-

---

(32) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 502.

(33) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 111.

ción de la desheredación al Código Civil y Comercial unificado. La doctrina mayoritaria así también se ha manifestado en diversos trabajos (34).

Por otra parte, su eliminación resulta contradictoria con la ideología de la nueva legislación en la cual se ha exaltado —a veces en demasía— a la autonomía de la voluntad en instituciones familiares.

Debe recordarse que la existencia de herederos legitimarios va unida necesariamente a la institución de la desheredación y, a diferencia de la indignidad en la cual la ley misma resuelve la vocación, en la desheredación es el testador el que excluye a su legitimario teniendo en cuenta la grave conducta que ha cometido en su perjuicio.

Ambas constituyen sanciones que importan la exclusión sucesoria de quien cometió actos injuriosos contra el causante, aunque esa exclusión resuelve una vocación existente en el caso de la indignidad mientras que en la desheredación el desheredado carece de llamamiento por el reconocimiento de la voluntad del testador.

Es cierto que el Código Civil francés abolió la desheredación y mantuvo la indignidad, aunque respondiendo a una tradición histórica diferente a nuestros antecedentes hispanos. Lo siguen el Código Civil italiano, el mejicano y el venezolano. También la han eliminado el Anteproyecto de Biliboni (arts. 2896 y ss.) y el Proyecto de 1936, arts. 1897 y ss.

En cambio, el Anteproyecto de 1954 mantuvo la desheredación, además la han conservado como institución autónoma el Código alemán, el suizo, el español el portugués, el uruguayo, el brasileño, el uruguayo y el chileno, entre otros.

Aun cuando se ampliaron las causas de indignidad, coincidimos con Borda en el sentido de que la desheredación podría subsistir para ciertos supuestos en que los agravios no son de tal entidad, pero que pueden autorizar al testador (único que puede medir con justeza la hondura de la ofensa) a desheredar; tal el caso de las injurias, o, en las legislaciones que lo admiten, la vida deshonesta del descendiente. Además, expresa la voluntad

---

(34) FERRER, Francisco, A. M., “La desheredación y el proyecto de Código”, LL 2013-F-956; AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, cit., p. 73; GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., “Crítica a la eliminación de la desheredación en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, DFyP 2013-122, AR/DOC/2594/2013; ROLLER, Gabriel, “Desheredación: autonomía personal del causante y privación de la legítima hereditaria”, RDF 2012-53-87; este autor, con MOREYRA, Javier, “Desheredación y protección de la legítima hereditaria”, *Libro de ponencias de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2013.

del causante como razón de la exclusión del heredero y a diferencia de la indignidad en la cual el perdón la deja sin efecto (35).

### *III.3. Revocación de legados por ingratitud*

El Código Civil en el art. 3843 estableció las causas de revocación de legados por causa de ingratitud del legatario. Ellas fueron: si el legatario ha intentado la muerte del testador; si ha ejercido sevicia, o cometido delito o injurias graves contra el testador después de otorgado el testamento; si ha hecho una injuria grave a su memoria.

Refiriéndose a las dos primeras causas se ha dicho durante su vigencia que se trata de actitudes tales que perturban la respetabilidad del testador, dan motivo a la sanción voluntaria de aquel de dejar sin efecto el beneficio *mortis causa*. Por último, en cuanto a la injuria grave a la memoria, aun cuando el honor, derecho personalísimo, termina con la muerte de la persona, debido a un sentimiento muy humano, a una piedad, cariño o respeto por ciertas cosas santas, se defiende la memoria del muerto(36).

Actualmente el art. 2520 del Código Civil y Comercial regula en el inc. a) la revocación del legado por ingratitud del legatario que, después de haber entrado en el goce de los bienes legados, injuria la memoria del causante.

Cabe advertir que, al igual que en el caso de las donaciones, siendo el legado un acto a título gratuito no resulta éticamente posible mantener ese derecho sucesorio. De la defensa de la memoria del testador se ocupan principalmente los parientes directos y el cónyuge, aunque se encuentran legitimados para solicitar que quede sin efecto la liberalidad testamentaria además de los herederos universales, los herederos de cuota y también podría demandar el albacea, pues es parte en el juicio en los cuales se cuestionen disposiciones del testamento.

Por último, debe advertirse también que las otras dos causales de revocación que preveía el art. 3843 no fueron reproducidas especialmente como causales de revocación de legados en el Código vigente. Ello así, porque se las ha incluido como causales de indignidad, las que se han ampliado a todo sucesor, también al legatario particular y al heredero de cuota.

---

(35) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, 5ª ed. actual., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, nro. 181.

(36) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 503.



### *III.4. La protección de la vivienda familiar y el derecho a la intimidad*

El art. 456 del Código Civil y Comercial protege, cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio elegido, la vivienda familiar y sus muebles, y lo hace hasta tal punto que ella no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, salvo que lo hayan sido por los cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con asentimiento del otro. Al igual que la afectación de la vivienda prevista en el art. 244 y con las limitaciones del art. 249, en el régimen sucesorio se protege también la vivienda en beneficio del cónyuge superviviente o del heredero que la habita en los arts. 2381 y 2383.

En el primero se dispone que el cónyuge superviviente o un heredero puede pedir también la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte y de los muebles existentes en él.

En este caso se otorga el derecho a pedir la atribución preferencial en la partición del haber hereditario, en virtud de mantener su habitación al momento de la muerte del autor de la sucesión.

Asimismo, el art. 2383, siguiendo a la legislación anterior, aunque con importantes modificaciones, reconoce al cónyuge superviviente el derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último domicilio conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Debe destacarse que en el régimen actual el derecho se goza de pleno derecho, sin necesidad de ejercicio en forma expresa. Tampoco se ha establecido el nuevo matrimonio como causal de pérdida de ese derecho, supuesto que había sido muy criticado por la doctrina durante la vigencia del Código Civil que lo preveía. Ello no obsta a que pueda perderse ante su ejercicio abusivo, máxime cuando no se ha previsto como en la ley anterior el requisito de que fuera el único inmueble habitable.

Los requisitos del derecho de habitación son: que el inmueble haya sido propiedad del causante; que haya constituido el hogar conyugal al momento de la muerte; que no se encontrara en condominio con otras personas, y que sea habitado por el viudo o viuda.

El fundamento del derecho de habitación es la protección de la vivienda del cónyuge superviviente que ahora es más amplia, pues se otorga de pleno derecho y sin necesidad de que el inmueble sea el único habitable.

El domicilio en el cual se habita se erige como un ámbito propio de la intimidad. Es el llamado derecho al secreto doméstico y de la preservación y defensa en general de la intimidad misma de sus moradores, es un espacio de uso exclusivo cuya inviolabilidad está consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (37).

Además de los fundamentos asistenciales del derecho de habitación se ha resguardado la intimidad del cónyuge habitador y así puede servirse de la casa para habitar él y su familia; es el beneficiario del uso de la totalidad del inmueble en forma exclusiva y dependerá de su voluntad compartirlo o no con otras personas (38).

Por ello se ha sostenido que la presencia de uno de los hijos en el inmueble no tiene otro alcance que la conformidad del titular del derecho de habitación; de tal suerte que nada puede reclamar otro hijo, también titular de una parte indivisa del bien, con el objeto de cobrar rentas respecto de dicha ocupación (39).

No obstante esa exclusividad a habitar la totalidad del inmueble, la jurisprudencia la ha limitado respecto de aquellos herederos que ya lo habitaban antes de la muerte del causante (40). Ello, a mi criterio no puede así resolverse de manera absoluta sin violar la intimidad del cónyuge supérstite cuando esa convivencia no es aceptada por el beneficiario del derecho, salvo, claro está, que esa negativa sea abusiva.

Es un derecho eminentemente personal, por lo que no puede cederlo o arrendar el uso de la habitación en forma absoluta. Además, puede ejercer todas las acciones en defensa de la integridad de su derecho.

En definitiva y sin pretender agotar el tema, el derecho de habitación se extingue por la muerte del habitador, por consolidación, es decir, cuando se reúnen en cabeza del cónyuge las calidades de habitador y nudo propietario de la totalidad del inmueble; por resolución de los derechos del causante; por no uso sin justificación que haga presumir la falta de necesidad por el plazo que el juez considere prudente(41). Por pérdida o destrucción total de la casa y por renuncia.

---

(37) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 659.

(38) HERNÁNDEZ, Lidia - UGARTE, Luis, *Sucesión del cónyuge*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 208.

(39) CNCiv., sala C, 18/5/1982, "N., F. c. N. de M. E.", ED 99-736.

(40) CNCiv., sala B, R. 18.062 del 18/3/1986.

(41) VIDAL TAQUINI, Carlos, "Caducidad del derecho real de habitación del cónyuge supérstite por sus propios actos", LL 1983-A-63.

*III.5. Testamento. Modalidades. Institución al alma. Disposición de cadáver*

Aun cuando es sabido que los derechos personalísimos no pueden disponerse para después de la muerte, encontramos, principalmente en las disposiciones no patrimoniales que exceden el estricto concepto de testamento como acto de disposición de bienes, y además en las limitaciones a las modalidades de las disposiciones testamentarias, contenidos que hacen a los derechos personalísimos. En este sentido, la disposición del cadáver como no patrimonial o la prohibición de afectar la libertad de la persona del *successor* al modalizar una disposición testamentaria son ejemplos de ello.

III.5.1. Disposiciones no patrimoniales de última voluntad

El testamento es un típico acto de última voluntad, pues no hay relación jurídica vigente hasta que se produce el deceso del testador. Es un acto de contenido esencialmente patrimonial. Supone la disposición de bienes para después de la muerte, sea en forma directa, por ejemplo, mediante la institución de heredero, o sea en forma indirecta, al revocarse expresamente un testamento anterior, por ejemplo.

La definición del art. 2462 del Código Civil y Comercial se refiere específicamente a la disposición total o parcial de bienes para después del fallecimiento del autor, denominando al testamento en un sentido estricto.

El testamento es una especie de los actos de última voluntad, estos últimos también pueden ser no patrimoniales cuando en ellos no se hace disposición de bienes y contengan solamente disposiciones no patrimoniales que producirán efectos después de la muerte.

Las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de formas testamentarias (art. 3632, Cód. Civ.), de donde genéricamente podemos asimilar el testamento al acto de última voluntad.

Como dijimos, los derechos personalísimos son indisponibles para después de la muerte, empero actos de última voluntad no patrimoniales, como la disposición del cadáver, los ruegos y consejos, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales o la designación de tutor o curador son disposiciones no patrimoniales que en algunos casos se identifican o asemejan por su inherencia personal a los derechos personales.

Así, la disposición del cadáver o la decisión de disponer de los órganos para después de la muerte.

### III.5.2. Disposición al alma del testador

En la Baja Edad Media se produce una revalorización del testamento y por la influencia de la Iglesia, mediante ese acto jurídico de última voluntad no solo se ordenaba el destino de los bienes para después de la muerte, sino que también se transformó en un medio para disponer el bien del alma.

Se difunden así las disposiciones al alma. El testador podía referirse en general a favor del culto o de la beneficencia. También podía disponer especialmente la celebración de misas o destinar todo o parte de sus bienes para ser empleados en sufragios.

Para el derecho, el problema se presenta en cuanto a la indeterminación de la disposición a favor del alma, sin otra especificación, pues distinta es la cuestión cuando se dispone instituyendo a la iglesia parroquial del testador para la realización de misas, por ejemplo. En este sentido, si la disposición es determinada y específica deberá cumplirse la voluntad del testador, en tanto no afecte la legítima de sus herederos forzosos.

El art. 3722, Cód. Civ., solucionaba la cuestión estableciendo que la institución de herederos al alma del testador importa la aplicación que se debe hacer en sufragios y limosnas. El Codificador se apartaba de la solución de García Goyena que en similares circunstancias entendía que los beneficiados eran los pobres.

El Código actual en el último párrafo del art. 2485 establece que la institución a favor del alma del testador o de otras personas se entiende hecha a la autoridad superior de la religión a la cual pertenece el testador, con cargo de aplicar los bienes a sufragios y fines de asistencia social. Con mayor precisión sigue al anterior art. 3722 del Código Civil. Reproduce el art. 2430 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 1998.

Puede disponerse a favor del alma en forma autónoma o como un cargo impuesto al heredero o legatario. En este aspecto coincidimos con Maffia, que la disposición al alma, aun cuando esté contenida en una disposición autónoma, importa un cargo que pesa sobre los herederos legítimos o instituidos.

El nuevo artículo a diferencia del anterior determina la forma de cumplimiento de los sufragios y fines de asistencia social, entendiendo que debe ser hecha por la autoridad superior de la religión a la cual pertenece el testador.

En este sentido, aun durante la vigencia del Código Civil se entendió que el albacea podrá exigir el cumplimiento de la voluntad del testador a favor del alma, y en caso no habérselo designado será el juez quien deberá citar a la autoridad eclesiástica a los fines de cumplir con los sufragios y decidir el modo de hacer efectivas las limosnas y obras de caridad.

Bibiloni, en el art. 3268 de su Anteproyecto, estableció que las disposiciones de bienes a favor del alma del testador, o de los designados por él, se invertirán en capitales productores de rentas con intervención del obispo diocesano del domicilio del testador, el cual aplicará las rentas a sufragios y limosnas. Los capitales se depositarán en los establecimientos encargados de recibir los fondos judiciales.

### III.5.3. Modalidades de las disposiciones testamentarias

#### III.5.3.1. Condiciones ilícitas o contrarias a la moral

El art. 2468, Cód. Civ. Com., comprende a las condiciones contrarias a las buenas costumbres y a las prohibidas por las leyes, dándoles la misma solución que a las imposibles. De tal manera que, frente a una condición ilícita o contraria a las buenas costumbres, la sanción será la nulidad de la condición o del cargo en su caso.

La solución en este supuesto se distingue de la parte general donde el art. 344 refiriéndose a las condiciones imposibles, contrarias a la moral y las buenas costumbres o prohibidas por el ordenamiento jurídico anulan el acto.

Como se advierte, en nuestro derecho tanto una condición imposible como una ilícita producen el mismo efecto, invalidando el acto en la parte general del Código Civil y Comercial.

En las disposiciones testamentarias, con buen criterio en las prohibidas, el artículo que comentamos se aparta de las normas generales y mantiene la validez de la disposición, aunque por supuesto la condición es nula.

En el Cód. Civ. se mantenía la misma solución en los actos entre vivos y en las disposiciones de última voluntad, anulando en ambos la disposición. Tal solución no resistía el análisis.

En este sentido, Borda con razón destaca que hay una profunda diferencia entre el negocio entre vivos y el testamento, y ejemplifica: una persona celebra un importante contrato de trabajo con una compañía, que lo nombra administrador de alguno de sus establecimientos; una de sus cláusulas establece como condición que el administrador ha de permanecer célibe o

ha de mudar de religión. Está bien que la ilicitud de esta cláusula importe la nulidad de todo el contrato porque hay en esto una convención contraria a la moral. Por el contrario, muy distinto, dice ese autor, es el caso de la disposición testamentaria. Se instituye heredero a un sobrino, con la condición de que no se case. El instituido no ha tenido parte en esa cláusula, no ha negociado su libertad, no hay en su condición nada de repudiable, lo único repudiable es la condición que debe tenerse por no escrita; de lo contrario, la sanción no cae sobre el autor (que en este caso es solamente el causante) y culpable de la condición inmoral, sino en quien carece de toda culpa.

### III.5.3.2. Condiciones prohibidas

El art. 344, Cód. Civ. y Com., considera que se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil.

Se trata de condiciones especialmente prohibidas por la ley, por lo que se las ha calificado como ilícitas o ilegítimas, en consecuencia, el testador no podrá subordinar la disposición testamentaria a ninguna de ellas.

### III.5.3.3. Condiciones referentes al domicilio o residencia del llamado

En principio debe destacarse que del precepto surge que el criterio legal para prohibir la condición respecto del domicilio, al igual que las referidas a la religión o al estado civil del llamado, se refiere a la imposición tendiente a restringir la libertad del sucesor.

El Cód. Civ. y Com., en el art. 2468 que comentamos, solo se refiere a la condición o cargo prohibido, sin precisión alguna; por ello será aplicable el art. 344, segundo párrafo, en el sentido de que se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión o decidir sobre su estado civil.

Esta solución debe comparársela con el inciso 1° del art. 531, Cód. Civ., por el cual la condición prohibida se tipificaba cuando se imponía como condición “habitar siempre un lugar determinado, o dejar librada la elección del domicilio al arbitrio de un tercero”. Por ello no es válida la siguiente cláusula testamentaria: Lego mi biblioteca a Juan a condición de que habite mi casa de la calle Pueyrredón o en el domicilio que indique José.

Sin embargo, la doctrina considera válida la cláusula que imponga habitar determinado domicilio durante un período de tiempo. Así: Lego mi casa a Juan si habita en ella hasta que se reciba de abogado.

Cabría entonces preguntarse si en el Cód. Civ. y Com., cuando en la norma se requiere que la condición afecte de modo grave la libertad de la persona, esa calificación también permite tener por prohibida solo la condición que imponga habitar siempre en un domicilio. En estos casos será interpretación judicial determinar si afecta gravemente la libertad de la persona cuando la condición se refiere solo a habitar un domicilio por cierto tiempo.

#### III.5.3.4. Condiciones referidas a la religión

Se encuentran prohibidas las condiciones que atenten contra la libertad de conciencia. El inc. 344, Cód. Civ. y Com., expresamente prohíbe la condición que imponga mudar religión a una persona.

De todas maneras, como dice Fassi, tampoco habría requerido un texto expreso, pues en otras legislaciones que no tienen la prohibición expresa también se ha entendido que no hay esfera de la libertad más intangible que la correspondiente a las creencias religiosas. Máxime cuando en nuestro país el derecho de profesar libremente su culto está reconocido a todos los habitantes por el art. 14 de la Constitución Nacional.

#### III.5.3.5. Condiciones referidas al estado de familia

El art. 344 prohíbe establecer como condición imposiciones sobre el estado civil.

El Código Civil en el mismo sentido, pero con mayor precisión, establecía en el art. 531, inc. 3°, como prohibida la condición de casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo o no casarse, y en el inc. 4° vivir célibe perpetua o temporalmente o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente.

Como se advierte, siguiendo a la mayoría de las legislaciones y por influencia del derecho romano, se prohíben las condiciones que obstan a la celebración del matrimonio, pero la norma permitía la condición positiva de casarse, salvo que se impusiera hacerlo con determinada persona, en determinado lugar o en cierto tiempo.

Entonces, era válida la disposición testamentaria que se sujetara a la condición de que el llamado se case y operaba como condición suspensiva, cumpliéndose cuando el beneficiado celebre su matrimonio.

Sin embargo, no sería válida la cláusula que imponga casarse a una persona en contra de sus principios religiosos, por ejemplo, a un sacerdote católico.

El Código Civil y Comercial no hace distingo alguno y solo se refiere como prohibida a la condición que afecte de modo grave la libertad de la persona, como decidir sobre su estado civil, con lo que también en este caso será el juez el que deba decidir si la condición afecta gravemente la libertad.

Por ejemplo, durante la vigencia del Código anterior, Borda criticaba negativamente que se haya prohibido la condición de casarse en determinado lugar, pues dice que con ello no se afecta la elección del cónyuge y por ende, considera que debe interpretarse de acuerdo con su finalidad. Por lo tanto, solo será nula la disposición testamentaria si significase para los cónyuges un inconveniente que obstaculizara la celebración del matrimonio, como si el testador pusiera como condición que el matrimonio se celebrase personalmente por los cónyuges en Italia. Por el contrario, si la imposición del lugar es razonable, la cláusula será válida, por ejemplo, cuando el testador impusiera como condición que la ceremonia religiosa se celebrara en determinada iglesia del lugar donde se encuentren los contrayentes, siguiendo una tradición familiar.

Tampoco está permitida la condición de divorciarse, pues tal decisión compete exclusivamente a cada uno de los cónyuges.

Es ilícita, aunque tampoco está contemplada por la ley, la condición de vivir en concubinato, ya que lleva implícita la condición de no casarse. De la misma manera, están prohibidas, aunque no se contemplen expresamente, la condición de no ejercer los derechos derivados de la patria potestad o la de no ejercer acciones de estado de familia.

Como destacáramos con anterioridad, la enumeración del art. 344 del Código Civil y Comercial no es taxativa. Tampoco lo era la del art. 531 del Código Civil.

De allí, que se hayan señalado distintas condiciones prohibidas, ya sea porque surgen de la misma ley o de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, aplicando los principios generales de interpretación.◆



# LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO

Sumario: I. Introducción.- II. Sobre los derechos de propiedad intelectual.- III. Sobre los derechos personalísimos.- IV. ¿Son derechos personalísimos las facultades morales que integran los derechos de propiedad intelectual?

## **I. Introducción**

En este trabajo analizaré si las facultades morales integrantes de los derechos de propiedad intelectual son o no derechos personalísimos. A este efecto, en primer lugar, haré un breve repaso de los que son los derechos de propiedad intelectual, deteniéndome, en particular, en lo que tiene que ver con su dimensión moral. Seguidamente haré una referencia a los derechos personalísimos: qué son y cuáles son sus características. Por último, y en función de lo anterior, responderé al interrogante que es objeto de este trabajo, ya referido: si las facultades morales que integran los derechos de propiedad intelectual son o no derechos personalísimos.

## **II. Sobre los derechos de propiedad intelectual**

### *II.1. Introducción*

Es común aludir a esta familia de derechos con distintas expresiones: “derechos intelectuales”, “derechos sobre bienes inmateriales” y, con mayor frecuencia, “propiedad intelectual”. En nuestro país, esta última expresión es algo equívoca, ya que se utiliza tanto para designar este género de de-

rechos como a una de sus especies: el derecho de autor. De hecho, la ley que regula a este último se titula "Propiedad intelectual".

Como género, los derechos intelectuales presentan las siguientes notas comunes:

a) Son derechos subjetivos. Dicho en términos negativos: no son una concesión graciosa del Estado. Las leyes sobre la materia establecen con relativa precisión los requisitos de los que depende la concesión del derecho, y quienes cumplen esos requisitos tienen derecho a que se los reconozca como titulares de la propiedad intelectual que corresponda.

b) Se conceden a dos categorías de titulares bien diferenciadas: i) los autores de creaciones inmateriales (obras, invenciones, variedades vegetales, modelos y diseños, etc.); y ii) los empresarios y comerciantes que utilizan signos para identificarse en el mercado (marcas y nombres comerciales). Volveré sobre esta distinción, ya que es relevante para el objeto que se analiza en este capítulo.

c) Mediante la propiedad intelectual se concede a su titular la facultad de explotar en forma exclusiva el objeto de su derecho. Las modalidades de explotación dependen del tipo de bien que se tutela. Por ejemplo, no se explotan de la misma forma una variedad vegetal que un modelo industrial o una marca.

Lo característico de estos derechos, entonces, es la exclusividad. Suele afirmarse, en este sentido, que el titular de la propiedad intelectual goza de un *ius prohibendi*. Estrictamente, el creador o comerciante no necesita un derecho intelectual para comercializar un nuevo producto, difundir una obra o aplicar un signo a los productos que comercializa. Pero al obtener el derecho intelectual correspondiente adquiere el poder de prohibir a terceros la realización de estas actividades.

¿Cuáles son esos actos que solo el titular del derecho puede realizar? La respuesta depende de la especie de derecho intelectual de que se trate. Por ejemplo, el titular de una patente de producto es el único facultado para fabricar, comercializar y usar el producto patentado; el titular de un derecho de obtentor es el único que tiene derecho a producir, comercializar, utilizar y entregar a cualquier título el material de reproducción perteneciente a la variedad vegetal protegida; el titular del derecho de autor sobre una obra literaria es el único facultado para editarla, etcétera.

d) Son derechos referidos a bienes inmateriales: invenciones, obras, signos distintivos, formas ornamentales, etcétera.

e) En cuanto a su duración, los derechos intelectuales presentan un panorama variopinto. Mientras que algunos pueden durar indefinidamente (tal el caso de la marca, si el titular se toma el trabajo de renovarla), la mayoría está sujeta a una duración limitada (por ejemplo, una patente dura veinte años).

f) Finalmente, los derechos de propiedad intelectual son derechos absolutos —se ejercen frente a todos— y, *en algunos casos*, complejos (o mixtos) —están integrados por facultades morales y patrimoniales—. Veremos que esta última característica tiene particular relevancia para nuestro análisis.

Pertencen a este género de derechos las patentes, los modelos de utilidad, los modelos y diseños industriales, el derecho de autor, el derecho del obtentor, las marcas y los nombres comerciales. A continuación, describiré brevemente cada una de estas categorías, destacando lo que tiene relevancia para resolver el objeto de análisis de este capítulo.

## II.2. Enumeración y breve análisis

### II.2.1. El derecho de autor

Junto con las patentes, este derecho es reconocido por nuestra Constitución Nacional, cuyo artículo 17 establece que “[t]odo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. Se encuentra regulado por la ley 11.723 y por diversos tratados internacionales, entre los que se destacan el Convenio de Berna (1) y el ADPIC (2).

El titular del derecho puede o no ser el autor de la obra. El autor es la persona que crea la obra. Siempre es una persona humana (3). El titular del derecho, en cambio, puede ser una persona humana o jurídica, y ser o

---

(1) Aprobado por ley 25.140, promulgada el 8 de septiembre de 1999.

(2) Acrónimo de Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aprobado por ley 24.425, promulgada el 23 de diciembre de 1994.

(3) VILLALBA, Carlos A. - LIPSZYC, Delia, *El Derecho de Autor en la Argentina*, 1ª reimpr., La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 53; BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 658; LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, reimpresión inalterada, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA, Buenos Aires, 2005, p. 123; RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel - BONDIA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 36; VIBES, Federico, *Derechos de Propiedad Intelectual*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009., p. 62. En contra, considerando que el autor puede ser una persona física o jurídica: EMERY, Miguel A., *Propiedad intelectual. Ley 11723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, 3ª reimpr. (1ª ed., 1999), Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 86.

no el creador de la obra. Normalmente, la titularidad originaria recae sobre el autor, aunque hay excepciones (4). Como regla, entonces, para que haya titularidad sin autoría tiene que haber transferencia del derecho. Esta transferencia puede ser voluntaria o por disposición legal.

El objeto del derecho de autor es toda obra literaria, artística o científica. Según el artículo 1.º de la ley 11.723, “[a] los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

¿Qué poderes tiene el titular del derecho de autor sobre su obra? De un modo muy general, suele afirmarse que tiene el derecho de explotarla en forma exclusiva. Sin embargo, es necesario precisar el alcance de esta expresión, concretando su significado, ya que, así planteada, es demasiado vaga.

El derecho de autor está compuesto por un conjunto de facultades, que pueden ordenarse en dos categorías: patrimoniales y morales. Las primeras, como su nombre lo indica, tienden a proteger los intereses económicos del titular. Se caracterizan por ser transmisibles, renunciables, prescriptibles y de duración limitada (como regla general, setenta años, contados desde el 1 de enero del año siguiente al del fallecimiento del autor).

¿Cuáles son, en concreto, estas facultades patrimoniales? Surgen, principalmente, del art. 2º de la ley 11.723, que establece lo siguiente: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”. La enumeración no es taxativa: en principio, el autor tiene derecho a explotar su obra en cualquiera de las formas que sea posible. Con todo, se destacan las siguientes facultades:

---

(4) Por ejemplo, en el caso de la creación de programas de computación, en el marco de una relación laboral, la titularidad originaria recae sobre el empleador, no sobre el autor (arg. art. 4º, inc. d), de la ley 11.723) (VIBES, Federico, *Derechos de Propiedad Intelectual*, cit., p. 62).

- a) El derecho de disponer de la obra.
- b) El derecho de reproducir la obra, en cualquier forma.
- c) El derecho de publicar la obra, esto es, de reproducirla y poner a disposición del público los ejemplares obtenidos.
- d) El derecho de comunicación pública de la obra. Esta facultad comprende todo acto por el cual se permite que una pluralidad de personas pueda conocer la obra, por un medio distinto de la distribución de ejemplares. Por ejemplo, a través de su representación o ejecución pública.
- e) El derecho de transformar la obra, esto es, la facultad de explotarla a través de la creación de una obra derivada, ya sea por el mismo autor o por un tercero autorizado.

La enumeración no es taxativa. En líneas generales, todo acto de explotación de la obra queda reservado para el autor.

El derecho de autor comprende, además, facultades o derechos morales, que tienden a proteger sus intereses extrapatrimoniales. La ley 11.723 solo contiene reconocimientos aislados de esta categoría de derechos, como ocurre en sus artículos 51 y 52. El Convenio de Berna, en cambio, reconoce en forma explícita los derechos morales del autor. Bajo el título “Derechos morales: 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma [...]”, el artículo 6 bis establece lo siguiente: “1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

Estas facultades —las morales— son inherentes al autor, por lo que no son renunciables, ni tampoco transmisibles *inter vivos*. En cuanto a la sucesión *mortis causa*, algunas de estas facultades no se pueden transmitir —v. gr., los derechos de modificar, retirar o destruir la obra—, pero otras sí —v. gr., la facultad de divulgación de obras póstumas y el derecho de reconocimiento de la paternidad obra—.

Entre los derechos morales más relevantes se cuentan los siguientes:

- a) El derecho de paternidad, esto es, el derecho del autor a que se le reconozca como tal, como creador de la obra.

b) Derecho de integridad, que es la facultad del autor de impedir que se difunda la obra si se le han introducido cambios, se la ha deformado o atentado contra ella.

c) Derecho de divulgación o de inédito, por el cual el autor tiene la facultad de decidir si su obra será conocida por el público, y en qué forma.

d) Derecho de modificar la obra.

e) Derecho de retirar la obra.

Es importante tener presente estas dos categorías (facultades morales y patrimoniales), dado el impacto que tiene sobre nuestro objeto de estudio, razón por la cual volveré sobre el tema.

## II.2.2. Patentes de invención

En cumplimiento de los artículos 17 y 75, inciso 18, de la Constitución Nacional, la ley 24.481 —en adelante, “LP”— crea o reconoce dos derechos intelectuales: las patentes y los certificados de modelos de utilidad. Si bien presentan importantes diferencias entre sí, comparten una estructura común. Son, en términos generales, derechos intelectuales que atribuyen a su titular la facultad de explotar temporalmente y con carácter exclusivo la invención industrial que constituye su objeto.

Se establece en el artículo 1° de la LP que “[l]as invenciones en todos los géneros y ramas de la producción conferirán a sus autores los derechos y obligaciones que se especifican en la presente ley”. El régimen jurídico de las patentes se encuentra integrado, fundamentalmente, por el ADPIC, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (5), la ley 24.481 y su decreto reglamentario 260/1996.

Para adquirir el poder de exclusión que una patente implica, el interesado —v. gr., el inventor— debe solicitar el correspondiente registro. No existen, por lo tanto, las patentes de hecho (6).

---

(5) Aprobado por las leyes 17.011 y 22.195. Este tratado, del 20 de marzo de 1883, fue revisado en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) y Estocolmo (1967). Nuestro país lo aprobó, mediante la ley 17.011, en la versión del Acta de Lisboa. Posteriormente, mediante la ley 22.195, se aprobó la versión del Acta de Estocolmo, excepto en lo que respecta a los artículos 1° a 12, que continúan vigentes conforme a la versión del Acta de Lisboa.

(6) V. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención*, He- liasta, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 679.

El artículo 4° de la LP establece que son patentables las invenciones de productos o de procedimientos. En líneas generales, una invención es una regla en la que se proponen unos medios determinados para la consecución de un resultado, es decir, es la indicación de la solución (medio) a un problema (resultado a conseguir) (7). Para ser patentable, la invención debe reunir los tres requisitos previstos en esta norma (los llamados “requisitos positivos de patentabilidad”). Además, su patentamiento no debe resultar excluido o prohibido por lo dispuesto en los artículos 6° y 7° (los llamados “requisitos negativos de patentabilidad”).

Positivamente, se establece que serán patentables las invenciones que

- a) sean nuevas;
- b) impliquen actividad inventiva, y
- c) sean susceptibles de aplicación industrial.

En cuanto a los poderes que surgen de este derecho, dispone el art. 8° de la LP que “[l]a patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos, sin perjuicio de lo normado en los artículos 36 y 99 de la presente ley:

“a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente;

“b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento”.

Con respecto al plazo de duración de la patente, conviene distinguir dos fechas: aquella a partir de la cual comienza a correr ese plazo, y la fecha a partir de la cual la patente comienza a producir efectos, en el sentido de que su titular puede ejercer el derecho de exclusión. La LP, en su artículo 35, establece que la patente dura veinte años, contados a partir de la presentación de la solicitud respectiva. Los efectos de la patente, en cambio, recién se producen a partir de su concesión.

---

(7) V. BERCOVITZ, Alberto, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, edición del autor, Madrid, 1968, p. 80.

Cumplido el plazo, el invento ingresa al “dominio público”. Se trata de un modo automático de extinción, por lo no es necesaria inscripción ni declaración alguna (8). El plazo es improrrogable.

### II.2.3. Modelos de utilidad

Este derecho intelectual es regulado a partir del artículo 53 de la LP, el cual establece que “[t]oda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, conferirán a su creador el derecho exclusivo de explotación, que se justificará por títulos denominados certificados de modelos de utilidad”.

De este modo, junto a las patentes, la LP también reconoce y regula un segundo derecho intelectual: el modelo de utilidad. Se trata de un derecho análogo a la patente, aunque adaptado para proteger invenciones menores (9). Por esta razón, el artículo 58 de la LP establece que “[s]on aplicables al modelo de utilidad las disposiciones sobre patentes de invención que no le sean incompatibles”. En primer lugar, se le aplican los artículos 53 a 57 de la LP, como así también aquellas normas de la misma ley que aluden a ellos (10). Y, por disposición del artículo comentado, se aplica subsidiariamente el régimen jurídico de las patentes, en la medida en que sea compatible.

Dado su parecido con las patentes, conviene precisar las diferencias más relevantes entre estos dos derechos intelectuales, conforme surge de la legislación argentina vigente:

a) Si bien toda invención que satisfaga los requisitos de patentabilidad puede ser objeto de una patente, no toda invención puede ser objeto de un modelo de utilidad, sino solo aquellas que consistan en una disposición o forma nueva introducida u obtenida en un objeto que se preste a un trabajo práctico.

b) De acuerdo con lo establecido en el artículo 4° de la LP, en el ámbito de las patentes se exige la novedad absoluta o universal. En lo que respecta a los modelos de utilidad, en cambio, basta con la novedad relativa o local.

---

(8) Ley 24.481, art. 63.

(9) V. SALIS, Eli, “La nueva ley argentina de patentes”, en LL 1996-C-1245-1264. Como se ha señalado, tiene por objeto “invenciones de segundo o menor grado” (MITELMAN, Carlos O., *Cuestiones de derecho industrial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 134).

(10) V. gr., arts. 59, 60, 62, 76, 78, etcétera.



c) Conforme al artículo 4° de la LP, solo son patentables las invenciones que tienen altura inventiva. Esta propiedad, en cambio, no se requiere en el caso de los modelos de utilidad, como expresamente se aclara en el artículo 55 de la misma ley.

d) Si bien las invenciones, para ser patentables, deben tener aplicabilidad industrial, no se requiere, en cambio, la utilidad, exigencia que sí rige, por el contrario, para otorgar un certificado de modelo de utilidad.

e) Las patentes duran veinte años desde la presentación de la solicitud, plazo que se reduce a diez años en el caso de los modelos de utilidad.

#### II.2.4. Marcas

Junto con el nombre comercial (también conocido como “designación”), la marca integra la familia de los derechos intelectuales sobre signos distintivos, esto es, aquellos signos que el empresario utiliza para diferenciarse de sus competidores.

El titular de una marca adquiere un derecho de explotación exclusiva del signo registrado, de tal suerte que es la única persona que se encuentra facultada para utilizar ese signo a los efectos de identificar determinados productos o servicios. Básicamente, tiene un derecho exclusivo respecto de la fabricación y el uso de la marca, y la comercialización de productos o servicios a los que ha sido aplicada.

El régimen jurídico de las marcas se encuentra integrado, fundamentalmente, por el ADPIC, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, la ley 22.362 sobre marcas y designaciones, reglamentada por el decreto 558/1981 (11), la ley 24.481 y su decreto reglamentario 260/1996 (12).

De acuerdo con el artículo 4° de la ley, “la propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro”. Es decir que en el derecho marcario el registro tiene carácter atributivo (13). Sin registro no hay, en

---

(11) A través de este decreto se adoptó la Clasificación Internacional de Productos y Servicios, establecida en virtud del Arreglo de Niza, y demás normas reglamentarias. Pero no se firmó el Arreglo de Niza, sino que se adoptó como propia su clasificación. En general, el decreto solo aborda cuestiones de procedimiento marcario.

(12) Si bien estas normas regulan el régimen de las patentes, disponen la creación y organización del INPI.

(13) V. CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, “Calás, Rolando D. c. Raúl V. Batallas SA”, en AP 20052682; CNFed. Crim. y Correc., sala 2ª, “Guido, Martín E.”, en JA 2005-I-363-365; ZUCCHERINO, Daniel R. - MITELMAN, Carlos O., *Marcas y patentes...*, cit., p. 114; MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. - SOUCASSE, Gabriela M., *Derecho de marcas*, cit., p. 58; VITTONI, Carlos G. - NAVEIRA, María

principio, derecho intelectual, a diferencia del sistema declarativo, en el que la marca se adquiere con el uso (14). Con todo, y por excepción, se ha entendido que, por aplicación de los principios generales del derecho, la marca de hecho puede ser, en ciertos casos, merecedora de tutela jurídica, si las circunstancias lo justifican (15).

Transcurridos diez años, la marca se extingue, excepto que haya sido renovada (16). Aunque la ley no lo aclara, el plazo de duración comienza

---

F., "El interés legítimo en la ley de marcas argentina", en *Derechos Intelectuales* (Buenos Aires, 1987), vol. 2, ps. 149-167; TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A., "Delitos contra la propiedad industrial", en CARRERA, Daniel P. - VÁZQUEZ, Humberto (dirs.), *Derecho penal de los negocios*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 102; OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, cit., p. 12; WITTENZELLNER, Úrsula, *Derecho de marcas...*, cit., ps. 36-37. Con todo, teniendo en consideración que en nuestro derecho se brinda cierto tipo de protección, aunque sea limitada, a la marca de hecho, también se ha calificado al sistema como "míxto" (VENTURA, Gabriel B., "Algunas reflexiones en torno al registro marcario argentino", en RDCO 1999-833-842).

(14) V. ZUCCHERINO, Daniel R. - MITELMAN, Carlos O., *Marcas y patentes...*, cit., p. 113.

(15) V. CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Martino Omar Santos c. Teruel César Adolfo s/cese de oposición al registro de marca", causa 2791/03, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 27/2/2012); CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, "Silvano Domingo Eugenio y otro c. Marniello Claudio Adrian s/nulidad de marca. Daños y perjuicios", causa 5333/05, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 26/2/2012); CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Lionel's SRL s/medidas cautelares", causa 6080/98, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 20/10/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 1ª, "Editorial La Página SA c. Elizalde Leal Alberto Clodomiro s/nulidad de marca", causa 7131/93, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 30/9/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Yves Saint Laurent International BV c. Castro, Luis Alberto s/nulidad de Marca", causa 1370/92, "Yves Saint Laurent International BV c. Castro, Luis Alberto s/cese de uso de marca", causa 2203/92, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 8/9/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Bayer Argentina SA s/medidas cautelares", causa 447/97, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 24/8/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, "Vail Associates Inc. c. Renaver SRL s/nulidad de marca", causa 48.603/95, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 23/8/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Varn Products Company Inc. s/medidas preliminares y de prueba anticipada", causa 20.289/96, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 23/8/2011); CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, "Calás...", cit.; CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, "Pampa Plan de Ayuda Médica y Previsión Asistencial c. Apolo Medicina Integral", en LL 1991-E-25-27; ZUCCHERINO, Daniel R. - MITELMAN, Carlos O., *Marcas y patentes...*, cit., p. 127; BERTONE, Luis E. - CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 342; OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, cit., p. 13; DI LUCA, Stella M., *Régimen nacional de marcas...*, cit., p. 61; WITTENZELLNER, Úrsula, *Derecho de marcas...*, cit., ps. 37 y 139. En este sentido, se ha señalado que "el principio rector... es que el sistema atributivo de la ley de marcas argentina no impide la aplicación de los principios fundamentales que rigen los actos jurídicos, y condenan el aprovechamiento del prestigio ajeno con el consiguiente enriquecimiento sin causa" (ETCHEVERRY, Oscar, "Temas de propiedad industrial en la jurisprudencia de los países latinoamericanos", en *Derechos Intelectuales* [Buenos Aires, 1987], vol. 2, p. 75).

(16) Se trata de un plazo respetuoso de lo prescripto en el artículo 18 del ADPIC, conforme al cual "[e]l registro inicial de una marca de fábrica o de comercio y cada una de las renovaciones del registro tendrán una duración de no menos de siete años".

a correr en el momento en que se otorga el título (17), según resulta pacíficamente de la práctica administrativa (18). Con todo, la marca puede ser renovada —apelando a los términos del legislador— “indefinidamente”. Por supuesto, lo ilimitado o indefinido es la cantidad de veces que la marca puede ser renovada; pero la renovación extiende la vigencia de la marca por un período limitado de tiempo: diez años.

De lo expuesto destaco, en particular, que el derecho marcario no incluye ninguna facultad moral, al igual que los demás derechos intelectuales sobre signos distintivos y a diferencia de los que tienen por objeto creaciones, obras o invenciones, particularmente el derecho de autor. Como veremos, esto descarta de plano la posibilidad de siquiera plantearnos si se trata de un derecho personalísimo.

#### II.2.5. El nombre comercial

De acuerdo con el artículo 27 de la ley 22.362, “[e]l nombre o signo con que se designa una actividad, con o sin fines de lucro, constituye una propiedad para los efectos de esta ley”. Bajo la ley anterior —3975— este derecho intelectual se denominaba “nombre de fábrica, comercio o agricultura”, y la doctrina lo llamaba “nombre comercial” (19). Así se lo denomina en el Convenio de París (20) y en la ley 11.867, de transferencia de fondo de comercio (21).

Como derecho subjetivo, la designación es el derecho intelectual que atribuye la facultad de explotar con carácter exclusivo el signo con que se identifica una actividad, y que no está registrado como marca. Si, en cambio, el signo estuviese registrado como tal, sería un derecho marcario (22).

Según surge del mismo artículo 27 de la ley 22.362, la actividad a la que se aplica el signo puede o no ser lucrativa. En consecuencia, pueden protegerse como designaciones los nombres de asociaciones, fundaciones, organizaciones culturales, religiosas, etcétera (23).

---

(17) V. NÚÑEZ, Javier F., “Contenidos y límites del derecho marcario”, en JA 2000-I-728-737.

(18) Adviértase la diferencia con el régimen de las patentes, en el que el plazo comienza a correr desde la presentación de la solicitud de otorgamiento del derecho intelectual.

(19) V. FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, 2ª reimpr., Talleres Gráficos A. Wolter, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 111.

(20) Artículos 1º, 8º y 9º.

(21) Artículo 1º.

(22) V. BERTONE, Luis E. - CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Heliasta, Buenos Aires, 1989, t. II, p. 564.

(23) *Ibidem* p. 600.

Este derecho intelectual se encuentra regulado o protegido en los artículos 27 a 30 de la ley 22.362, en los artículos 1º, 8º, 9º y 10 bis del Convenio de París y en el artículo 159 del Código Penal.

La designación es, al igual que la marca, un derecho intelectual. Ambos derechos cumplen una función análoga, ya que son poderes de uso exclusivo de signos distintivos aplicados en la actividad comercial, susceptibles de apropiación privada (24). Esto explica que, con las adaptaciones y salvedades que surgen de los artículos 27 a 30 de la ley 22362, se aplique a las designaciones el mismo régimen jurídico que a las marcas. Con todo, presentan importantes diferencias entre sí, entre las que pueden destacarse las siguientes:

a) Las marcas distinguen productos o servicios, mientras que las designaciones solo identifican actividades (25).

b) El derecho marcario se adquiere con el registro; la designación, con el uso (26).

c) La marca se extingue por cumplimiento del plazo, caducidad (por no haberla utilizado durante cinco años), nulidad y renuncia; la designación solo se extingue por cese de uso y por renuncia (27).

d) En cuanto al ámbito territorial de validez del derecho intelectual, en el caso de las marcas el derecho de explotación exclusiva abarca todo el país; mientras que la cuestión es discutida en el caso de las designaciones. Con todo, para la mayoría de los autores el derecho de uso exclusivo solo se extiende hasta donde la designación es suficientemente conocida.

e) En el caso de las marcas, el derecho de explotación exclusiva del signo alcanza a todos los productos y servicios cubiertos por las clases en las que ha sido registrada, mientras que en las designaciones el derecho de uso exclusivo del signo solo se extiende al ramo de la actividad a la cual ha sido aplicado (28).

---

(24) V. NÚÑEZ, Javier F., "El nombre comercial como activo intangible", en JA 2002-I-1249-1253.; DI LUCA, Stella M., *Régimen nacional de marcas...*, cit., p. 39.

(25) También se ha afirmado que la designación identifica al establecimiento comercial, o a su titular (v. NÚÑEZ, Javier F., "El nombre comercial...", cit., ps. 1249-1253) o al comerciante o a sus negocios. Otros autores refieren que el nombre comercial distingue indistintamente el establecimiento comercial o su actividad (v. ZACARÍAS MICHELAGNOLI, Enrique, "El nombre comercial", en RDCO 1999-873-881).

(26) V. DI LUCA, Stella M., *Régimen nacional de marcas...*, cit., p. 39; ARGERI, Saúl A., "Transferencia de la empresa como unidad en el proceso de quiebra y nombre comercial", en LL 1979-A-867-871.

(27) V. DI LUCA, Stella M., *Régimen nacional de marcas...*, cit., p. 40.

(28) V. NÚÑEZ, Javier F., "El nombre comercial..." cit., ps. 1249-1253.

Respecto de este derecho, vale la misma consideración ya referida respecto de las marcas: dada la ausencia de facultades morales, se descarta de plano la posibilidad de encuadrarlo como un derecho personalísimo.

#### II.2.6. Modelos y diseños industriales

Con este nombre se conoce al derecho intelectual que atribuye la facultad de explotar temporalmente y con carácter exclusivo la forma estética nueva y original que, con fines ornamentales, se aplica o incorpora a un producto industrial (29). Se trata, en suma, del diseño ornamental de un objeto utilitario, que lo hace más atractivo o agradable (30).

Su régimen jurídico se encuentra integrado, fundamentalmente, por el ADPIC, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el decreto-ley 6673/1963, reglamentado por el decreto 5682/1965.

Solo puede registrarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Ornamentalidad o no funcionalidad. Esto significa que la forma no debe haber sido incorporada al producto por una imposición técnica, utilitaria.

b) Exterioridad: la forma estética debe ser susceptible de apreciación visual.

c) Originalidad o novedad. El modelo o diseño es nuevo si tiene una configuración distinta y una fisonomía propia respecto a los demás modelos y diseños existentes en la fecha de presentación de la solicitud o, en su caso, de la prioridad internacional reconocida.

El derecho se adquiere mediante el registro de la forma estética ante el Instituto Nacional de la Propiedad industrial.

Una vez concedido el derecho, el titular está facultado para prohibir a cualquier persona no autorizada la explotación industrial o comercial del MDI o de una imitación del mismo.

Está sujeto a un plazo extintivo de cinco años, que corre desde la fecha de su depósito. Es renovable hasta dos veces, por períodos de igual extensión. Su duración máxima, por ende, es de quince años.

---

(29) V. POLI, Iván A., "Comentarios al decr.-ley 6673/63 de Modelos y Diseños industriales", en ETCHEVERRY, Raúl A. (dir.) - CHOMER, Héctor O. (coord.), *Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 6, p. 1091.

(30) V. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 551.

### II.2.7. El derecho del obtentor

El derecho del obtentor (“DOV”) es un derecho intelectual que se reconoce al obtentor de una variedad vegetal, por el cual este se encuentra facultado para reproducir y comercializar, en forma exclusiva y temporaria, el material de reproducción perteneciente a una variedad vegetal determinada.

Dos son las normas principales que, en forma directa, regulan este derecho intelectual: la ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas (“LSCF”) y el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 (conocido como “Convenio UPOV 1978”), aprobado por ley 24.376. Asimismo, la LSCF se encuentra reglamentada por el decreto 2183/1991.

El DOV nace a través de un acto administrativo de concesión. A tal efecto, es necesario cumplir con un procedimiento, que tiene por objeto comprobar si existen, en el caso concreto sometido a análisis, las condiciones requeridas para otorgar el derecho intelectual. Solo pueden registrarse las variedades vegetales nuevas, distintas, homogéneas y estables.

El DOV otorga a su titular un derecho de explotación exclusiva sobre una variedad vegetal, en virtud del cual solo él está facultado para producir y comercializar el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Sin embargo, está sujeto a importantes limitaciones. La más relevante es la excepción del agricultor, restricción por la cual el productor agrícola puede reservar una parte del material cosechado para destinarlo a la siembra en su propia explotación.

El DOV se extingue a los veinte años de su concesión. El plazo es impropio.

### *II.3. Las facultades morales en los derechos de propiedad intelectual*

Ya he referido que ni las marcas ni los nombres comerciales contienen facultades morales: son derechos puramente patrimoniales. También hemos visto que el derecho de autor incluye varias facultades morales: de paternidad, de integridad, etc. Esto no implica que los restantes derechos de propiedad intelectual carezcan de una dimensión moral. Es cierto que en el derecho de autor estas facultades tienen una relevancia mucho mayor, pero también están presentes en buena parte de los demás derechos de propiedad intelectual. ¿En cuáles? Para responder el interrogante, conviene introducir una distinción. Todos los derechos de propiedad intelectual pre-

sentan estas notas en común: son poderes jurídicos que otorgan a su titular la facultad de explotar en forma exclusiva el objeto de su derecho, que es intangible, durante el término que establece la ley. Sin perjuicio de estas notas comunes, en la categoría analizada confluyen dos tipos de derechos:

a) los de los autores o inventores de creaciones inmateriales (obras, invenciones, diseños, etc.);

b) los de los empresarios y comerciantes sobre los signos distintivos que utilizan para identificar sus productos, servicios o actividades (v. gr., marcas y nombres comerciales).

Los derechos de esta segunda subcategoría carecen de una dimensión moral, como hemos visto. No así los de la primera: cuando hay creación, hay derecho moral. Ya me he referido al derecho de autor; veamos brevemente lo que ocurre con los demás.

En el ámbito de las patentes, el inventor tiene el derecho moral de ser mencionado en el título de patente que eventualmente se expida, como consecuencia de la presentación de la solicitud (31). El criterio legal ya se encontraba previsto en el Convenio de París, conforme al cual “el inventor tiene el derecho de ser mencionado como tal en la patente” (32).

En el mismo sentido, el artículo 8° del decreto 260/1996 dispone que “el solicitante podrá mencionar en su solicitud el nombre del o de los inventores y pedir que se lo incluya en la publicación de la solicitud de patente, en el título de propiedad industrial que se entregue y en la publicación de la patente o modelo de utilidad que se realice”, a lo que se agrega en artículo 9° del mismo cuerpo normativo que “el inventor o los inventores que hubiesen cedido sus derechos podrán presentarse en cualquier momento del trámite y solicitar ser mencionados en el título correspondiente, acreditando fehacientemente su calidad de tales”.

Este derecho moral existe tanto si el inventor es el solicitante de la patente como si no lo es.

Pasemos a los modelos y diseños industriales. Al margen de la atribución del derecho intelectual correspondiente, el autor de un modelo o diseño tiene el derecho moral a ser reconocido como tal (derecho de paternidad) (33).

---

(31) V. BERGEL, Salvador D., “Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones biotecnológicas”, cit., p. 42; SALIS, Eli, “La nueva ley argentina de patentes”, cit.

(32) Artículo 4 ter.

(33) V. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 563.

Este derecho moral existe cualquiera que sea el marco jurídico en el cual se obtuvo el modelo o diseño (contrato de trabajo, contrato de servicios, contrato de obra, etc.).

Una vez otorgado el derecho intelectual, rige la presunción de autoría en favor del titular registral, y quien pretenda desvirtuarla deberá accionar por vía judicial. Si se acredita que el tercero fue el autor del modelo o diseño, tendrá el derecho moral a ser reconocido como tal, conforme a los usos y costumbres, siendo irrelevante al respecto a quién corresponde la titularidad del derecho intelectual (cuestión que no dependerá exclusivamente de quién ha sido realmente el autor del modelo o diseño, sino también de las relaciones jurídicas que haya establecido con terceros).

No está previsto el derecho moral del creador a ser reconocido como tal en el título que otorgue la oficina nacional. En definitiva, lo que cuenta es que, de acuerdo con los usos estilados en la materia, el nombre del creador pueda ser vinculado a su creación (34). Dado que la forma estética protegida está destinada a aplicarse a productos industriales, que se fabrican en serie, no se puede pretender que el autor sea mencionado en cada objeto al que se aplica el modelo o diseño, a diferencia de lo que ocurre con las creaciones de ejemplar único (como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del derecho autor) (35). La cuestión debe resolverse conforme a los usos y costumbres vigentes en el ámbito industrial al que pertenece el producto que incorpora la forma estética protegida. En particular, el creador tendrá derecho a exhibir su creación y a atribuirse su paternidad, ya sea en presentaciones públicas o privadas (por ejemplo, en su currículum), sin perjuicio de preservar incólume el derecho al registro de quien corresponda.

Abordemos, ahora, el derecho del obtentor. Es indiscutible el derecho moral del creador de una variedad vegetal a ser reconocido como tal (36). Tiene derecho a que así se lo reconozca en la solicitud del derecho intelectual, en el título que en consecuencia se expida y, en general, en las publicacio-

---

(34) V. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, cit., p. 564.

(35) Ídem.

(36) Este derecho moral es reconocido expresamente por otras legislaciones. Así, la Ley Federal de Variedades Vegetales de México reconoce en el art. 4.I) el derecho inalienable e imprescriptible del obtentor a ser reconocido como tal. En la misma línea, el artículo 4° de la ley de Bielorrusia establece: "The person whose creative work has resulted in the variety shall be recognized as the creator (breeder)". En el mismo sentido: Italia, Decreto legislativo 3 novembre 1998, art. 2; Brasil, Law No. 9456 of April 28, 1997, art. 5.3; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 26.1.iii; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, n° 789/1992, s. 10; Hungría, Law n° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.5; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 56; Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, arts. 10.4 y 12.5.



nes en las que se haga referencia a la variedad vegetal (37). Por supuesto, también tiene derecho, si así lo desea y expresa, a que no se lo mencione como tal en los documentos referentes a la variedad (38). También cuenta con la facultad de decidir si la existencia de la variedad va a ser divulgada o no (39). Y, por supuesto, puede accionar civilmente contra todo aquel que desconozca su paternidad o que de otro modo infrinja sus derechos morales (40).

Delimitado, así, el campo de los derechos intelectuales que tienen una dimensión moral además de la patrimonial, analicemos si por esta razón cabe calificarlos como derechos personalísimos, si no en su integridad, al menos sí en su faceta moral.

#### *II.4. Derecho mixto: patrimonial y extrapatrimonial*

Hasta aquí, me he referido a cada uno de los derechos intelectuales como *un* derecho. Sin embargo, las opiniones están divididas al respecto. Se pueden encuadrar en dos grandes corrientes, más allá de sus diferencias internas: el dualismo y el monismo. Las posturas dualistas consideran que el derecho del creador no es uno, sino que se diversifica en dos derechos independientes: uno patrimonial y otro moral. Fundan su criterio, básicamente, en las profundas diferencias que separan a uno y otro tipo de poderes (41):

- a) El moral es un derecho extrapatrimonial; el otro, patrimonial.
- b) El derecho moral es inalienable, mientras que el patrimonial puede ser enajenado.
- c) El derecho moral es perpetuo o al menos vitalicio, mientras que el patrimonial está invariablemente sometido a un plazo extintivo.

---

(37) Así se establece en forma explícita en la legislación de Moldavia (Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 10.4: "The breeder shall have the right to be identified in the application for the grant of a patent, in the granted patent and in all publications relevant to his variety").

(38) Hungría, Law n° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.5: "Published patent documents shall not mention the inventor if he so requests in writing".

(39) Hungría, Law n° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.7.

(40) Hungría, Law n° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.6: "The inventor shall be entitled to institute legal proceedings under the Civil Code against any person contesting his authorship or otherwise infringing his moral rights deriving from the invention".

(41) V. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993, ps. 394-395.

d) Protegen intereses diversos: el derecho moral tiende a tutelar intereses espirituales, mientras que el derecho patrimonial procura satisfacer intereses de carácter económico.

e) Las circunstancias anteriores gravitan en que su contenido sea completamente diverso. La principal facultad patrimonial consiste en el poder de aprovechamiento económico exclusivo del bien inmaterial objeto del derecho (la creación), mientras que las facultades morales se refieren a otro tipo de posibilidades de actuación (entre las que se destaca, al menos por su carácter transversal en buena parte de los derechos intelectuales, el derecho del creador a ser reconocido como autor o inventor de la creación de que se trate).

f) Puede existir el derecho moral aunque el patrimonial se haya extinguido (v. gr., por transmisión, vencimiento del plazo, etc.).

g) Los titulares de los respectivos derechos pueden ser personas distintas, incluso originariamente. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el campo de las patentes con relación a las llamadas “invenciones de encargo”: la titularidad de la patente le corresponde al empleador, pero el empleado es el inventor, con los derechos morales consiguientes (42).

h) El derecho patrimonial es renunciable, no así el derecho moral.

Desde el monismo, en cambio, se entiende que las diferencias precedentes no impiden considerar ambos tipos de facultades como integrantes de un solo derecho subjetivo. Desde esta postura, se considera que el dualismo divide artificialmente el conjunto de facultades que corresponden al autor o creador sobre su creación. Esta secesión —se afirma— desnaturaliza al derecho intelectual, que debe ser rectamente entendido como un único derecho, por más que presente facultades de naturaleza acusadamente diversa.

No pretendo terciar aquí sobre esa disputa, que, por cierto, presenta un acusado carácter semántico. O metafísico: ¿hay una sustancia que delimita lo que es esa cosa que llamamos “derecho intelectual”? No parece que de esta controversia puedan resultar enseñanzas aprovechables para diseñar o aplicar el régimen jurídico de esta categoría de derechos. Con

---

(42) En cuanto a lo primero, así resulta del art. 10, inc. a), de la ley 24.481: “Invenciones desarrolladas durante una relación laboral: a) Las realizadas por el trabajador durante el curso de su contrato o relación de trabajo o de servicios con el empleador que tengan por objeto total o parcialmente la realización de actividades inventivas, pertenecerán al empleador”.

todo, se advierte entre la corriente monista y la dualista una coincidencia fundamental: que existen profundas diferencias entre las facultades (o derechos) morales y las facultades (o derechos) patrimoniales, que impiden su tratamiento uniforme.

La distinción planteada tiene particular relevancia para la cuestión que estamos analizando: evidentemente, ni cabe plantearse la posibilidad de que las facultades (o los derechos) patrimoniales sobre bienes intangibles sean derechos personalísimos (43). Por lo tanto, en lo que sigue solo me referiré a las facultades morales, respecto de las cuales sí tiene sentido el interrogante, más allá de cuál sea la respuesta a la que se arribe.

De lo dicho se desprenden dos consecuencias:

1) Por razones obvias, descarto la posibilidad de predicar el carácter personalísimo respecto de cada derecho intelectual en su integridad. A lo sumo, puede que lo sea su faceta moral, cuestión que abordaremos en lo que sigue.

2) Por lo tanto, excluiré del análisis a los derechos intelectuales que solo tienen una dimensión patrimonial. Que, como hemos visto, son los que recaen sobre signos distintivos: la marca y el nombre comercial.

### III. Sobre los derechos personalísimos

Pasemos a la segunda etapa de este trabajo. Precisado lo que son los derechos intelectuales, para decidir si son o no derechos personalísimos, es preciso definir esta segunda categoría. En el contexto de este trabajo, bastará con precisar qué es lo que define a esta categoría de derechos y cuáles son sus características fundamentales. Hecho esto, estaremos en condiciones de resolver la cuestión objeto de este análisis.

Se ha definido a los derechos personalísimos como “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical” (44). Son tales, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad; ¿también lo son los derechos intelectuales, en lo que respecta a su faceta moral? Para

---

(43) En adelante, para simplificar la exposición, me expresaré en clave monista, línea con la que tiendo a identificarme, aunque restándole mayor relevancia a la cuestión, como ya lo he aclarado.

(44) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

responder este interrogante, repasemos los caracteres que la doctrina le atribuye a estos derechos (es decir, los personalísimos):

1) Son derechos innatos, en el sentido de que nacen con su titular, son connaturales a él (45). Derivan directamente de la naturaleza humana; se tienen por el solo hecho de ser una persona humana (46). Dejemos de lado la cuestión de si son derechos preexistentes al Estado: en un plano estrictamente positivo, conforme a nuestro derecho vigente, son derechos que toda persona tiene por el mero hecho de ser tal (47).

2) Son derechos vitalicios: su titular los tiene hasta su muerte; no los pierde ni siquiera un instante durante su trayectoria vital(48). Son inescindibles de la persona (49).

Tradicionalmente, se ha considerado que estos derechos también son vitalicios en un segundo sentido: que se agotan con la muerte de la persona. Y, en principio, esto es así, efectivamente. De todos modos, hoy tiende a admitirse que algunos de estos derechos también podrían consentir algún tipo de ejercicio por los herederos del afectado, como ocurre con los derechos a la intimidad y al honor (50).

3) Son necesarios, en cuanto a que una persona humana no puede carecer de ellos (51). A lo sumo, puede que se los restrinja o limite en su ejercicio,

---

(45) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed. (1ª ed., 2015), La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 478; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 176; CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 186.

(46) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 478; RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, § XII.I.5; CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., t. I, p. 186.

(47) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 479.

(48) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 479; RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 179; CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., t. I, p. 186.

(49) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 179.

(50) V. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5.

(51) V. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XIII.I.5; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 180.

como ocurre cuando al autor de un delito se le aplica una pena privativa de la libertad (52).

4) Son esenciales a la persona humana, en el doble sentido de que ningún sujeto puede carecer de ellos y que tienen por objeto los bienes más elevados sobre los que puede ejercerse un señorío jurídico (53).

5) Su objeto es interior, forma parte del sujeto mismo: es inherente a él, le es inseparable (54). No es posible separar sus manifestaciones respecto del sujeto mismo que es su titular (55). En términos negativos: no puede haber un derecho personalísimo cuyo objeto sea exterior al titular, una parte del mundo que lo circunda, bien sea real o ideal (56).

6) Son inherentes a su titular, en el sentido de que no son separables de él (57). Esta nota, a diferencia de las anteriores, y al igual que las que siguen, no es privativa de los derechos personalísimos: hay otros que, sin integrar esta última categoría, también son inherentes a su titular, como ocurre con algunos derechos de familia, creditorios y reales. Es el caso, asimismo, de las facultades morales de los autores y creadores.

7) Son extrapatrimoniales, en el sentido de que no son apreciables monetariamente, más allá de que puedan tener efectos económicos (58). Es cierto que, por ejemplo, mediante el cuerpo y el ejercicio de la libertad (típicos objetos de derechos personalísimos) es posible realizar acciones que le reportan algún beneficio económico al agente. Desde este punto de vista, entonces, podría afirmarse que esos derechos personalísimos tienen efectos económicos. Sin embargo, se trata de efectos indirectos o reflejos, en el sentido de que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no le ase-

---

(52) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 180.

(53) V. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., pp. 180-181.

(54) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 479; RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 181.

(55) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 181.

(56) *Ibidem* p. 182.

(57) V. TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 479; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 183.

(58) V. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 183; CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., t. I, p. 186.

guran a su titular una utilidad económica directa (59). Tampoco altera su naturaleza extrapatrimonial el hecho de que su conculcación pueda dar lugar a la consiguiente reparación económica (60).

8) Son relativamente indisponibles: intransmisibles, irrenunciables, inembargables, inejecutables, etcétera (61).

En ciertos casos, la indisponibilidad es absoluta; en otros, relativa. Ejemplo de esto último es el derecho a la intimidad: el titular tiene derecho a admitir la intromisión e incluso fomentarla (62).

9) Son absolutos, es decir, oponibles *erga omnes*.

10) Son, por último, derechos subjetivos privados, en el sentido de que reúnen estas tres condiciones: a) son derechos de las personas, que les corresponden por el mero hecho de ser tales; b) tienden principalmente a asegurarle a su titular el goce de su propio ser, físico y espiritual; c) son una suerte de envoltura proteccional frente a los particulares (63).

#### **IV. ¿Son derechos personalísimos las facultades morales que integran los derechos de propiedad intelectual?**

Para responder este interrogante, comenzaré acotando la cuestión, en dos sentidos:

1) En primer lugar, es evidente que los derechos de propiedad intelectual, considerados en su integridad, no son derechos personalísimos en lo que respecta a su dimensión patrimonial. Luego, el interrogante solo tiene sentido respecto de sus facultades morales (si se adopta una postura monista) o de los derechos morales (si se adopta una postura dualista). Como he referido, haré el análisis en clave monista, tal como se refleja en el título de este parágrafo.

2) En segundo lugar, es obvio que el interrogante solo tiene sentido respecto de los derechos de propiedad intelectual que tienen una faceta

---

(59) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 185.

(60) V. CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., t. I, p. 186.

(61) V. TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 480; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 186.

(62) V. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial. Parte general*, cit., § XII.I.5.

(63) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 191.

moral, con lo cual se descartan del análisis los derechos sobre signos distintivos.

Por lo general, la doctrina que ha abordado el tema no lo ha hecho respecto de las facultades morales de los derechos de propiedad intelectual en general, sino solo con relación a las que integran el derecho de autor. De todos modos, las distintas posiciones y sus argumentos son extrapolables a las facultades morales de los demás derechos de propiedad intelectual.

Un sector de la doctrina considera que estas facultades o derechos morales son, efectivamente, derechos personalísimos. Otro sector, en cambio, les niega esta calidad (64).

¿Cuál es la tesis correcta? Por un lado, no puede negarse que estos derechos comparten varias características con los derechos personalísimos:

1) Son, en general, derechos vitalicios: su titular los tiene hasta su muerte, en principio.

Esta afirmación, con todo, demanda algunas aclaraciones:

a) En ciertos casos, el derecho moral puede extinguirse antes de la muerte de la persona. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la integridad de una obra de ejemplar único cuando este se ha destruido.

b) Hay ciertas facultades morales que perviven a la muerte del autor de una obra. Con todo, en general se tiende a considerar que ya no se trata, propiamente, de derechos de la misma naturaleza que el que tenía el autor antes de su muerte.

2) Son inherentes a su titular, en el sentido de que no son separables de él. Por ejemplo, un autor o un inventor pueden desprenderse de su derecho de autor o de patente sobre la obra o el invento que han creado, pero no de su derecho de paternidad respectivo.

3) Son extrapatrimoniales. Lógicamente, esta afirmación solo vale respecto de las facultades morales; no, por definición, de las patrimoniales. De todos modos, lo que cuenta es lo primero, teniendo en consideración que nuestro objeto de estudio se acota a las facultades morales.

---

(64) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps. 206-216. En el mismo sentido, aunque haciendo solo referencia al derecho moral del autor: TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado ejecutivo*, cit., t. I, cit., p. 483.

4) Son relativamente indisponibles: intransmisibles, irrenunciables, inembargables, inejecutables, etcétera.

5) Son absolutos, es decir, oponibles *erga omnes*.

Sin embargo, no es menos cierto que estos derechos o facultades morales carecen de notas que son características de los derechos personalísimos:

1) No son derechos innatos (65). Recién nacen con el acto creador de una bien inmaterial tutelado como objeto de un derecho de propiedad intelectual (obra, invento, diseño, etc.): la escritura de la obra, la invención de una nueva tecnología, el desarrollo de una nueva variedad vegetal, etcétera.

2) No son derechos necesarios (66). Una persona que no ha creado un bien tutelado mediante un derecho de propiedad intelectual carece de ellos.

3) De lo anterior se desprende no son derechos esenciales a la persona humana (67).

4) Su objeto es siempre exterior al titular del derecho, por más que se trate de un objeto ideal o inmaterial: la obra, el invento, el diseño, la variedad vegetal, etcétera (68). Como señalara Cifuentes:

La paternidad es cosa distinta de la persona y de la personalidad. *Implica un hijo por fuera del sujeto padre*. Que éste pueda protegerlo es una cosa, y aun cuando protege una proyección de sí mismo, no lo hace para protegerse tal sino para defender su criatura, no obstante que ella lleva la marca indeleble de su origen.

Así las cosas, cabe concluir que las facultades morales de los derechos de propiedad intelectual no son derechos personalísimos. Si bien comparten algunas notas características, no son notas exclusivas de esta última categoría de derechos. Y, en cambio, carecen de las notas que singularizan, que son privativas de los derechos personalísimos. ♦

---

(65) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 207. En el mismo sentido, en referencia al derecho moral del autor: TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 483.

(66) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 214. En el mismo sentido, en referencia al derecho moral del autor: TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 483.

(67) En este sentido, en referencia al derecho moral del autor: TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 483.

(68) V. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 207. En el mismo sentido, en referencia al derecho moral del autor: TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. I, p. 483.



# LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL AUTOR DE UNA OBRA

POR DELIA LIPSYC (\*) Y CARLOS A. VILLALBA (\*\*)

Sumario: I. Denominación.- II. Contenido del derecho de autor.- III. Origen.- IV. Contenido del derecho moral.- V. Caracteres.-VI. La regulación del derecho moral en la ley 11.723.- VII. El derecho moral en los tratados internacionales.- VIII. La incidencia del derecho moral sobre los derechos patrimoniales.- IX. El derecho moral en el sistema angloamericano del *copyright*.- X. El derecho moral en Internet. XI. Homenaje

---

(\*) Profesora consulta de Derecho Internacional Privado y titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en los Máster en Propiedad Intelectual de las universidades Austral y UCA (Argentina), Externado de Colombia, Católica de Guayaquil (Ecuador) y Carlos III de Madrid (España). Profesora honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú) y de la Universidad Católica de Guayaquil). Integrante del Instituto de Derecho Civil y de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Presidenta de la ALAI Argentina (grupo nacional de la *Association Littéraire et Artistique Internationale*). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina).

Sus principales libros son: *Derecho de autor y derechos conexos* —escrito por encargo de la UNESCO para la enseñanza universitaria del derecho de autor—, editado por UNESCO/CERLALC/Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2006. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003.

*Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* —complementario del anterior— publicado por los mismos coeditores en 2004, edición digital de ambos, CERLALC, 2017 (se encuentran en los siguientes sitios *web*: Amazon, Librería de U, Ghandi, Itunes Store).

El magistral abordaje de Santos Cifuentes de los derechos personalísimos no omitió a los derechos del autor de una obra de creación intelectual.

### I. Denominación

*Derecho moral* es la expresión habitualmente utilizada para designar las facultades de carácter personal del autor; se ha impuesto por la *regla del uso común* y es empleada tanto en las legislaciones como por la doctrina y la jurisprudencia.

El derecho moral es un derecho de la personalidad del autor en relación con la existencia, la circulación y la explotación de una obra determinada a diferencia de lo que sucede con los *derechos personalísimos*, ya que el derecho moral del autor no es innato: no lo tienen todas las personas por el solo hecho de ser tales sino quienes crean una obra y tienen relación con esta. Coincidimos en este aspecto con Cifuentes, para quien el *derecho moral del autor* no forma parte de la categoría jurídica de los “derechos personalísimos” (denominación que estima más adecuada que otras empleadas por la doctrina, incluso que la de “derechos de la personalidad”, mayoritariamente utilizada) (1).

La expresión *personalísimos* ha sido incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Primero, parte general, título I, capítulo 3, *Derechos y actos personalísimos*. Jorge H. Alterini destaca al respecto que la regulación ordenada y sistemática de los derechos personalísimos que se hace en ese capítulo es una de las novedades más relevantes del Código Civil y Comercial (2). Y más adelante agrega que la solución era largamen-

---

*El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires por la editorial La Ley, primera edición 2001, 2da. edición 2009 y digital, La Ley, 2016 ([www.laley.com.ar](http://www.laley.com.ar)).

(\*\*) Profesor de Derecho de Autor en el Posgrado en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho (1997-2006) y en la Maestría de Artes del Espectáculo de la Facultad de Ciencias Económicas (2006-2010), ambas de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Presidente de honor del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), institución de la que fue presidente y secretario general. Consultor de AADI y de ARGENTORES. Conferenciante en cursos y seminarios en la Argentina y en otros países de América Latina y Europa.

Publica regularmente en diversas revistas jurídicas, especialmente en *La Ley*. Coautor con Delia Lipszyc de los libros *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión. Relaciones con el derecho de autor*, Buenos Aires, Zavallia, 1976, y *El derecho de autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, 2ª edición actualizada en 2009 y digital, La Ley, 2016 ([www.laley.com.ar](http://www.laley.com.ar)).

(1) Véase CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 192-197.

(2) ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed. actual. y aument., Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, arts. 1º a 224, p. 467.

te reclamada por la doctrina argentina y está íntimamente vinculada al proceso de integración del derecho civil con la Constitución —la llamada “constitucionalización del derecho civil”— que se manifiesta en múltiples instituciones, la principal de las cuales se refleja en ese capítulo. Pero es la primera edición —data de 1974— del libro *Derechos personalísimos* de Santos Cifuentes la que contribuye a instalar definitivamente el tema en la doctrina argentina. Se suceden con posterioridad los estudios, con valiosos aportes —entre otros— de Julio C. Rivera. Es de significación, además, la propuesta de los profesores Cifuentes y Rivera conocido como “Anteproyecto Cifuentes-Rivera” (3).

Aun cuando el derecho de autor es una rama del derecho que goza de autonomía científica (en cuanto tiene principios y soluciones particulares para resolver distintos problemas básicos propios de la materia), los derechos personalísimos tienen una influencia marcada, en especial sobre el derecho moral, lo cual justifica que se los analice en forma interrelacionada.

## II. Contenido del derecho de autor

Este derecho reconoce al creador de obras intelectuales una doble vertiente de facultades exclusivas, oponibles *erga omnes*, que forman el contenido de la materia: las de *carácter personal* destinadas a la protección de su personalidad en relación con su obra, cuya finalidad es garantizar intereses intelectuales, que constituyen el llamado *derecho moral*, y las de *carácter patrimonial* concernientes a la explotación de la obra que le permiten obtener una remuneración cuando se utiliza su creación y constituyen el llamado *derecho patrimonial*.

Hay otros derechos de la personalidad que, a pesar de involucrar a autores y a obras, no forman parte del derecho moral sino de los derechos personalísimos. Por ejemplo, cuando alguien, esgrimiendo el derecho de crítica, pone en duda la autoría de una persona, la acción con que cuenta el agraviado no es propia del derecho de autor (4), al igual que cuando se atribuye falsamente a una persona la autoría de una obra que no le pertenece. El derecho a defenderse de este ataque lo tienen todas las personas y

---

(3) ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., ps. p. 470-71.

(4) Es ilustrativa la sentencia dictada por la Corte de París el 5 de abril de 1979 que, proveyendo en materia correccional, condenó por difamación (*diffamation*) a un escritor y un periodista que habían afirmado que *La Nostalgie n'est plus ce qu'elle était* no había sido escrito por la célebre actriz Simone Signoret sino por un escritor “duende”, lo cual constituía para los jueces una lesión al honor y a la reputación de Signoret y de su editor (cit. por GAUTIER, P.-Y., “La obra escrita por otro”, trad. Juana Martínez-Arretz, París, RIDA, 139-68).

no solo los autores, porque la falsa atribución de paternidad artística incluye tanto los casos en que el objetivo es aprovechar el prestigio de un autor —lo cual es frecuente en materia de falsificación de obras de arte (por ejemplo, se imita la firma de un pintor célebre en un cuadro que este no realizó)— o utilizar el renombre de otras personas (deportistas, personas conocidas por su vida social, su fortuna, etc.), como también aquellas situaciones en las que, por ese medio, se trata de perjudicar a la persona cuyo nombre se hace figurar como autor (5).

Tanto los derechos personalísimos como el derecho moral de autor son dos de las materias que más se han diferenciado y desarrollado en los últimos tiempos. Pero el derecho de autor se encuentra teñido por los derechos personalísimos en tanto la obra es la expresión de un ser humano. Esta impronta resulta evidente en los *derechos morales* del autor, pero no desaparece cuando se trata de sus derechos económicos por el solo hecho de ser estos transmisibles.

El derecho moral tiene, en principio, *duración ilimitada*, a diferencia del derecho patrimonial que es *transmisible*, objeto de algunas *excepciones* y su *duración es limitada*.

### III. Origen

La moderna concepción del derecho moral nació en Francia, como doctrina judicial, durante la primera mitad del siglo XIX. *El derecho al respeto de la integridad de la obra, aun después de su cesión total*, fue reconocido por el Tribunal Civil del Sena, que afirmó este principio en sentencia del 17 de agosto de 1814. Incluso antes, la Corte de Casación francesa (sentencia de 28 floreal, año XII) había admitido que una edición de una obra protegida (el *Diccionario* de la Academia) plagada de cambios y de adiciones era punible como *contrefaçon* (6).

---

(5) Para reprimir la falsificación de obras pictóricas (por medio de la falsa atribución a un tercero de la autoría de una obra que no le pertenece, se dictó una norma especial actualmente derogada (el art. 74 bis de la ley 11.723), que establecía: “El que con fines de lucro, atribuyere falsamente a otro una obra literaria, científica o artística, usando el nombre, el seudónimo, la firma u otro signo distintivo de autenticidad de aquél, será reprimido con prisión de un mes a dos años y multa de veinte mil a doscientos mil pesos” (debe tenerse en cuenta la equivalencia del valor de la moneda a la fecha de la ley). Aun cuando se incluyó en la ley 11.723, no se trata de una norma que tipifique una conducta que sólo lesiona un derecho de autor.

(6) MERLIN, M., *Recueil alphabétique des questions de Droit*, 2e. éd. t. 4, V, prop. litt., I, p.195 y, especialmente, p. 206, citado en MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, Michaele G., *Le droit moral de l'auteur*, A. Rousseau, París, 1935, ps.17-18.

En Francia (y en otros países que siguen el criterio francés, como Bélgica, Argelia, Camerún, Senegal, etc.) las infracciones del derecho de autor son genéricamente denominadas

Georges Michaélidès-Nouaros recuerda que hacia mediados del siglo XIX se dictaron en Francia varias sentencias que entendieron que *estaban prohibidas las modificaciones a la obra, pese a la cesión ilimitada de esta*, y estima que, al relacionar la prohibición con la reputación del autor, con su personalidad, quedó definitivamente establecido el fundamento del derecho moral (7).

Una sentencia de 6 de abril de 1842 del Tribunal Civil del Sena declaró que *aun cuando el autor ceda la propiedad de su obra, incluso de la manera más absoluta, no abandona su derecho a corregirla*, pues de otra forma pondría su reputación a merced del adquirente: el autor tiene derecho a la reparación de los daños e intereses si, sin su consentimiento, se introducen en su obra modificaciones de tal naturaleza que puedan perjudicarlo.

Tres años más tarde, en 1845, los tribunales correccionales de París y de Lyon, y la Corte de Lyon dieron a la nueva teoría un amplio desarrollo que Michaélidès-Nouaros califica de “tan extenso como impactante”. El tribunal correccional de París declaró el 5 de enero de 1845 que, “independientemente del interés pecuniario, existe para el artista un interés más precioso, el de la reputación”, y que, a pesar de la cesión de su obra y de sus derechos, puede accionar por *contrefaçon*, sobre todo porque, en el caso, el infractor había realizado cambios en una estatua que resultaban perjudiciales para la reputación del artista.

El autor citado enseña que ese mismo año el tribunal correccional y la Corte de Lyon destacaron en términos precisos la existencia de este interés personal al lado del interés pecuniario, y señala que en las pocas líneas de estas decisiones vemos desarrollarse la dominante teoría del derecho doble, en toda su amplitud: “Atento, dice el Tribunal Correccional de Lyon, que cualquiera que sea el tema tratado, cualquiera que sea la forma originaria bajo la cual la obra intelectual ha sido producida, el autor tiene un doble y legítimo interés de conservar el derecho exclusivo de editar su obra o de ceder su propiedad. Que desde el punto de vista de su personalidad moral y en el interés mismo de estas doctrinas, el autor debe conservar siempre el derecho a rever y a corregir su obra, de supervisar su fiel reproducción y de elegir el momento y el modo de su publicación” (8).

---

“*contrefaçon*”. Según el Código de la Propiedad Intelectual (Parte Legislativa), art. L335-2 “Toute édition d’écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit”.

(7) MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, Michaele G., *Le droit moral de l’auteur*, cit., p. 18.

(8) MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, Michaele G., *Le droit moral de l’auteur*, cit., ps. 18-19.

György Boytha destaca que al reconocer el *droit moral*, la doctrina francesa tomó en cuenta los intereses del autor reivindicados desde la antigüedad: ser reconocido como autor de la obra, estar protegido contra cualquier alteración de la obra y decidir si una obra está lista para ser publicada o no (9).

Así se originó en Francia la interpretación *dualista* del derecho de autor, que fue receptada por la mayoría de las legislaciones, entre ellas, nuestra ley 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual” (promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 28/9/1933 y publicada en el Boletín Oficial del 30/9/1933) la cual, con numerosas modificaciones parciales, continúa vigente.

Para la interpretación *dualista*, el derecho moral es independiente de los derechos patrimoniales; por tratarse de dos categorías de derechos que tienen distintos destinos jurídicos, son objeto de regulaciones legales diferentes. Los derechos patrimoniales son transmisibles y de duración limitada mientras que el derecho moral es intransferible e imprescriptible y de duración ilimitada.

En cambio, para la interpretación *monista* se trata de una sola categoría de derechos y, en consecuencia, tanto el derecho moral como los derechos patrimoniales son intransferibles y de duración limitada, porque siendo el derecho moral intransferible, también lo es el derecho patrimonial y siendo este de duración limitada, igualmente lo es el derecho moral (10).

En Alemania, cuya legislación sigue la concepción monista, no se admite la cesión total o parcial del derecho patrimonial sino solo la concesión de derechos de utilización (exclusivos o no exclusivos) en el capítulo “Derechos de uso” (arts. 31 a 44), y se considera que el derecho moral tiene *la misma duración que el derecho patrimonial* (art. 64), de modo que cuando el derecho de autor se extingue en la esfera patrimonial, el derecho moral deja de pertenecer al derecho privado; *a partir de allí se trata de la salvaguardia del patrimonio cultural en interés del público*.

#### IV. Contenido del derecho moral

Está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a *decidir la divulgación de la obra* —o derecho a inédito— (darla a conocer o mantenerla re-

---

(9) BOYTHA, G., “La justificación de la protección de los derechos de autor a la luz de su desarrollo histórico”, trad. de Antonio Muñoz, RIDA 151-80.

(10) Véase DIETZ, A., *El derecho de autor en la Comunidad Europea*, ed. española, Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, t. I, ps. 155-156.

servada en la esfera de su intimidad) y a *exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su obra como entidad propia*. En muchos países la legislación reconoce expresamente el *derecho de retracto o arrepentimiento* (o derecho a retirar la obra de la circulación por cambio de convicciones).

Si una legislación no regula los derechos morales como derechos irrenunciables e indisponibles, no es posible proponer la custodia efectiva del bien afectado como medio de preservar la personalidad del autor cuando es lesionada o invadida.

Existen derechos decisivos para el autor como el *derecho a crear*, pero que son igualmente imprescindibles para toda persona que tiene derecho a la misma posibilidad, al igual que el derecho a la intimidad, el derecho a la libre comunicación del pensamiento sin censura previa y a vivir en un medio cultural pluralista.

El derecho moral nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor quien lo puede ejercer discrecionalmente: puede decidir en qué momento su obra está pronta para que la conozca el público y la forma en que ello tendrá lugar, o puede optar por no divulgarla (mantenerla inédita), por modificarla e, inclusive, por destruirla. Puede decidir que se divulgue con su nombre o con un seudónimo o en forma anónima.

Aunque la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho a modificarla porque es un correlato del derecho a crear.

Al fallecer el autor estas facultades, salvo excepciones, no se transmiten a sus herederos. Estos no pueden modificar la obra, ni demandar su retiro de la circulación por cambio de convicciones, ni destruirla. Estas facultades se califican como *positivas* porque importan una toma de decisión, y son exclusivas porque solo las puede ejercer el autor. En cambio, los herederos pueden ejercer el derecho de divulgación de las obras póstumas (11) y las facultades *negativas* o *defensivas*: el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho a la integridad de la obra. Son negativas porque permiten impedir la utilización cuando no se respetan el nombre del autor o la obra; son defensivas porque incluso cuando la obra ha entrado en el dominio público permiten actuar en defensa de esta (ley 11.723, art. 83). Como también pueden ejercerlas los herederos, se dice que son *concurrentes*, aunque estos no pueden actuar con la discrecionalidad con que podía hacerlo el autor, porque aun respecto de ellos prevalece el interés

---

(11) Se considera *obra póstuma* la que no fue divulgada en vida del autor. También la que, habiendo sido divulgada, su autor, al fallecer, deja modificada de tal manera que merece ser considerada como una obra nueva.

de la comunidad en la custodia del patrimonio cultural. También pueden ejercer el derecho de transformación (traducción, adaptación, revisión, actualización, compendio, resumen, extracto, arreglo musical, etc.) porque este forma parte del *derecho patrimonial*.

## V. Caracteres

El derecho moral de autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto (12); de ello resulta que es *irrenunciable e inalienable*; por ser inalienable, el derecho moral es también *inembargable, inejecutable e inextinguible*; también es *insubrogable* por ser inherente a la calidad de autor.

Además, es *imprescriptible*, como se decidió en el litigio sustanciado entre los herederos de Artidorio Cresseri, quienes reivindicaban la autoría de este respecto de la zamba *La López Pereyra* y el compositor, que cobraba los derechos de autor en SADAIC (13). Con esta sentencia quedó resuelto el litigio luego de veintidós años de tramitación, cuatro en SADAIC y dieciocho años en sede judicial.

El fallo de primera instancia había rechazado la defensa de prescripción haciendo hincapié en el *derecho moral de autor*, de modo que el transcurso del tiempo no puede anular o desconocer al verdadero autor de la obra y, correlativamente, convertirla por vía de prescripción en propiedad de quien no lo es.

La sentencia del tribunal de alzada que puso fin a esta saga judicial tuvo como vocal preopinante a nuestro homenajeado. Allí Cifuentes destacó que “[...] el autor y sus derechohabientes conservan, mientras se mantenga vigente el derecho que nace de la obra y de la paternidad, las facultades accesorias a ese derecho, no obstante la inactividad en el ejercicio durante un lapso, y aun frente a las violaciones producidas por terceros a su vista y paciencia; es el señorío de hacer respetar el aspecto moral y de obtener el reintegro del aspecto pecuniario derivado de la calidad del autor (conf. fallo cit., LL 95-269). Dicen, Mouchet y Radaelli: ‘Los derechos intelectuales no pueden ser adquiridos por prescripción, ni siquiera en su aspecto pecuniario. El autor que ha tolerado múltiples violaciones a su derecho, en cualquier momento puede oponerse a que ellas se sigan cometiendo; puede siempre reivindicar sus derechos’ (conf. op. cit., p. 140, ap. VIII). Aunque Cresseri, por consiguiente, no haya reclamado en vida por el respeto a la obra que

(12) Estos son también caracteres de los derechos personalísimos; véase CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps. 175-192.

(13) CNCiv., sala C, 19/9/1978 y 10/10/1978, “Cresseri, Artidorio, suc. c. SADAIC”, LL 1979-B-108.



se discute, sus herederos conservan la facultad de oponerse a la violación de la paternidad, a las modificaciones, mutilaciones e infidelidades, y a exigir que se publique bajo el nombre del autor (conf. Borda, op. cit., p. 572, núm. 1605). Cuanto más si se tiene en cuenta que el art. 83 de la ley estatuye una acción del pueblo para preservar la integridad y fidelidad de la obra”.

Varios de los caracteres indicados (inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y perpetuidad) son reconocidos por la ley 11.723 —aunque en forma *implícita*— al establecer que el autor los conserva aun cuando enajenare la propiedad de su obra (art. 52) y que después de vencidos los términos de protección podrán denunciarse las lesiones a la integridad de la obra (art. 83).

## VI. La regulación del derecho moral en la ley 11.723

La ley 11.723 no tiene un desarrollo orgánico de los derechos morales, lo cual nos obliga a buscarlos en distintas manifestaciones del articulado de la ley, de la reglamentación y del derecho común por derivación del art. 12.

La regulación básica de los derechos de la personalidad del autor está establecida en los arts. 51, *in fine*, y 52, en el capítulo “De la venta”, es decir, en el contexto de la situación de disposición más extrema: la cesión —en lo cual se manifiesta el carácter asistemático de nuestra ley, propio de la época de su sanción— no utiliza la terminología *derecho moral* —o equivalente— y se limita a consagrar los derechos de paternidad y de integridad de la obra al disponer que aun el cesionario (que ha pasado a ser titular del derecho) queda obligado a continuar observando esos derechos, pues son intransferibles y, por consiguiente, la adquisición del derecho de autor no lo releva de la obligación de respetarlos.

En este sentido, la segunda parte del art. 51 dispone que la enajenación total o parcial de la obra es válida solo durante el término establecido por la ley y confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico “sin poder alterar su título, forma y contenido” —derecho de integridad—.

El art. 52 dispone que aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, *conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones* —derecho de integridad—, *como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor* —derecho de paternidad— (14).

---

(14) Véanse, entre otros, CNCiv., sala E, 20/6/2001, “Argentores c. Telearte SA”, Iuris; CNCiv. sala D, 21/4/2005, “Heinrich, Ana María c. Ediciones Altaya SA”, Iuris; CNCiv., sala A, 19/2/2008, “Scanu Marcelo Pablo Alejandro c. AVER SA”, eIDial - AA45A3.

Además, es necesario tomar en cuenta otras importantes consecuencias económicas que se derivan de omitir o de cambiar el nombre del autor; por ejemplo, cuando las obras son administradas por una sociedad de gestión colectiva, la omisión o el cambio del nombre del autor tendrá como consecuencia un desvío indebido de las sumas recaudadas por la utilización de la obra.

Paralelamente, el desconocimiento de los derechos patrimoniales de explotación sobre la obra importa una lesión a la dignidad espiritual del autor, lo cual se hizo evidente en los países de economía planificada en cuyas legislaciones se reconocieron sus derechos morales, pero se les restó la disponibilidad de su explotación económica.

#### *VI.1. El derecho de paternidad —o de paternidad artística—*

Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra.

Está consagrado en el art. 52 de la ley 11.723, en los siguientes términos:

“Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir [...] la mención de su nombre o seudónimo como autor”.

En consecuencia, la indicación del nombre del autor debe hacerse de la manera que él ha elegido, incluidos el seudónimo y el anónimo, pues el derecho a que se lo identifique con su obra es una prerrogativa del creador y no una obligación para este sino para todos los demás; pero si el autor opta por el anónimo o por un seudónimo equivalente al anónimo, aunque siga siendo titular de todos los derechos sobre su obra, sus facultades serán ejercidas por el editor, de acuerdo con el art. 3° de la ley 11.723.

El derecho a la paternidad comprende el derecho de reivindicar: 1) la condición de autor tanto cuando se ha omitido la mención de su nombre como cuando se hace figurar otro nombre o un seudónimo; 2) la forma especial de mencionar su nombre, y 3) el seudónimo o el anónimo cuando el autor ha optado por estos y se hace figurar su verdadero nombre. También incluye el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada.

El art. 22 de la ley 11.723 contiene una regla adicional sobre la obligación de mencionar en la obra cinematográfica el nombre de los autores y de los intérpretes: deben figurar los nombres del productor —a cuyo cargo pone esta obligación—, del autor del argumento, de los autores de las obras originales de las cuales se haya tomado el argumento, del compositor, del director artístico y de los intérpretes principales.

A su vez, el art. 34 añade en su tercer párrafo, para las obras cinematográficas y las fotográficas: “Debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras”.

Como se observa, respecto de las obras mencionadas en la norma en cuestión, a la obligación de mencionar el nombre del autor, se agrega la de indicar la fecha y el lugar de publicación como requisitos para accionar en sede penal con motivo de la reproducción de dichas obras. La norma en cuestión se refiere al “nombre o la marca del autor o editor”.

### VI.2. *El derecho de integridad*

Está consagrado en el art. 52 de nuestra ley 11.723, junto con el derecho de paternidad: “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella *el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título* en las impresiones, copias o reproducciones” (el destacado es nuestro).

También se lo menciona en la parte final del art. 51: “Esta enajenación [...] confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico, *sin poder alterar su título, forma y contenido*” (el destacado es nuestro).

En virtud de este derecho es posible impedir que se difunda la obra cuando en esta se han introducido cambios, o se la ha deformado o atentado contra ella (15).

El respeto del derecho de integridad interesa no solo al autor —quien tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado— sino también a la comunidad, porque el público tiene derecho a conocer expresiones creativas genuinas, no bastardeadas.

Todas las personas que utilizan una obra tienen obligación de respetar su integridad, tanto si la utilización está autorizada por contrato como si se realiza en virtud de una excepción al derecho de autor. También el propietario del soporte material de una obra artística original en ejemplar único (pintura, dibujo, escultura, etc.) o de un manuscrito debe respetar

---

(15) Véanse, entre otros, 1ª Inst. Civ. Capital, 28/3/1942, “Cháneton, Abel c. Caso de Sedano Acosta, Juana” LL 26-164; CNCiv., sala A, 26/12/1975, “Devetach de Roldán, María L. c. La Obra Revista de Educación, S.C.A. y otros,” ED 67-455; CNCiv., sala K, 15/7/1996, “Cardo, Horacio Fidel c. Editorial Perfil SA,” LL 1997-D-145; CNCiv., sala J, 29/2/1996, “SADAIC c. Arte Radio Televisivo Argentino,” LL 1996-D-174; CNCiv., sala M, 21/11/2003, “Pérez, José Alberto c. Unión Trabajadores de la Educación (UTE),” Iuris.

el derecho de integridad y, por consiguiente, no tiene la facultad de destruirlos. En “Waveluck, María c. Iglesia Ortodoxa” (16), a pedido de los representantes de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú, la accionante realizó la pintura de un mural en la parte superior del altar mayor de un templo ubicado en la ciudad de Buenos Aires. Cinco años después, por iniciativa de dicha iglesia, fue tapada con un nuevo lienzo pintado por Carlos González Galeano. Anoticiada Waveluck de que sin su consentimiento se había inutilizado su obra mediante la superposición de otra pintura efectuada por un tercero, promovió demanda por resarcimiento del daño. En primera instancia se rechazó la acción por considerarse que la obra pictórica correspondía a la autoría del “empresario” que habría suministrado elementos intelectuales para que la actora les diera forma. Este fallo fue revocado por la Cámara señalando que, aun tomando en cuenta que el arzobispo Lazar encomendó la tarea, indicó el motivo (la Última Cena) y probablemente también el lugar en que se ubicaría la obra y aprobó los bocetos, la concreción de la obra, tanto intelectual como material, se debió a la labor exclusiva de la artista, de modo que no compartía la afirmación de la sentencia apelada en el sentido de que, al enajenar la obra, la actora no formuló limitaciones al poder de disposición de la demandada, pues con ella se confunden los objetos de dos derechos perfectamente diferenciados: uno, el del dominio sobre el soporte físico o material, que por estar en el comercio puede ser enajenado; otro, el del derecho moral referido a la obra pictórica, que queda reservado a su autora *ministerio legis*. De modo que el acto de enajenación no requería formulación de reserva expresa para mantener la titularidad del derecho moral en cabeza de la artista.

### VI.3. El derecho de divulgación

Es la facultad del autor de decidir si su obra será conocida por el público y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad.

Nuestra ley no utiliza la expresión *divulgar* como lo hacen otras leyes (17), sino que reconoce esta facultad de manera indirecta, englobando en el art. 2º las distintas formas de *dar a conocer la obra* (“El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, o publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, [...] y de reproducirla en cualquier forma”). Esta facultad presupone otra, que es conceptualmente anterior, que corresponde a la de mantenerla inédita y se encuadra dentro del derecho moral. La norma se refiere al ejercicio del derecho que permite que

(16) CNCiv, sala G, 14/10/1993, JA 1995-II-367.

(17) Por ejemplo, Francia, CPI, art. L.121-2: “L’auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre [...]”; España, art. 14, 1º: “Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma”.

la obra se considere divulgada cuando es lícitamente puesta a disposición del público cualesquiera que sean los medios empleados para ello. De acuerdo con este criterio, las obras divulgadas no son necesariamente obras publicadas (18).

La facultad de divulgar la obra es potestativa del autor porque es el único que debe decidir si considera que su creación está terminada y si quiere que la conozca el público. El autor goza del derecho de divulgación y *lo ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra*. Un conferenciante mantiene intacto el derecho a divulgar su conferencia por medio de la edición gráfica; el mismo derecho de publicación gráfica le corresponde al autor de una obra teatral que decide divulgarla mediante la representación teatral, al compositor que hace conocer su obra mediante su ejecución “en vivo”, etc., como lo establece la primera parte del art. 9º: “Nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas”.

Una obra solo puede considerarse divulgada cuando, con el consentimiento del autor se ha hecho conocer al público, es decir, a un número indeterminado de personas, de modo que permita entender que la obra ha salido del círculo privado del autor en forma legítima.

Por ello la comunicación a terceros de una obra inédita en forma privada a familiares o amistades, e incluso, a posibles utilizadores con el propósito de contratar la explotación, no puede considerarse divulgación; ni siquiera lo es la lectura o el recitado durante los ensayos, porque el poner la obra en conocimiento de otras personas no equivale *per se* a divulgación.

La divulgación de la obra tiene gran importancia. Las excepciones y limitaciones del derecho de autor se condicionan a que se trate de obras previamente divulgadas con el consentimiento de sus autores.

## VII. El derecho moral en los tratados internacionales

El derecho del autor al resguardo de su personalidad reflejada en la obra se encuentra consagrando como derecho humano en diversos instrumentos internacionales (19).

---

(18) Véase *Glosario de la OMPI*, Ginebra, 1980, voz 79.

(19) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948); Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

### VII.1. El Convenio de Berna

El Convenio de Berna (20) reconoce el derecho moral del autor en el art. 6 bis. En 1928, en la Conferencia Diplomática de revisión de dicho Convenio, celebrada en Roma, Edoardo Piolla Caselli propuso, en nombre de la delegación italiana, la ampliación de la tutela internacional al derecho de la personalidad o *derecho moral* de autor, haciendo hincapié en que la enorme difusión de las obras del espíritu y de los nuevos medios de comunicación y de expresión debidos al desarrollo de las modernas tecnologías acarrearían la multiplicación de atentados contra la integridad de la obra, los intereses íntimos y la personalidad de los autores (21), que ya preocupaban a los pensadores de la época con notable visión anticipatoria, y que, a la luz del desarrollo de Internet y las redes digitales, medio siglo después alcanzarían una actualidad sorprendente.

La protección del derecho moral del autor ya había comenzado a ser aceptada, en forma más o menos amplia, en algunas leyes nacionales (22), y fue propuesta por varias delegaciones (Italia, Francia, Bélgica, Polonia, Checoslovaquia y Rumania) que presentaron sendos proyectos.

Los países del *common law* expresaron algunas objeciones, pues en estos los derechos de carácter personal del autor no eran protegidos directamente por el *copyright* sino, indirectamente, por otros medios. De allí resultó una solución de compromiso, plasmada en el art. 6 bis:

“1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

“2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones

---

—PIDESC— (Nueva York, 19 de diciembre de 1966); Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968; Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969).

(20) Concluido en Berna en 1886 y actualizado en sucesivas revisiones (la última en París, 1971), continúa siendo el instrumento básico de la protección internacional del derecho de autor por el número de países que forman parte del mismo (176 Estados al 13/7/2018, véase <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>).

(21) Citado en DE SANCTIS, V., “Desarrollo y consagración internacional del derecho de autor”, trad. Juana Martínez-Arretz, París, RIDA 1974-206-290.

(22) Bulgaria (1922), Suiza (1922), Rumania (1923), Italia (1925), Polonia (1926), Checoslovaquia (1926), Finlandia (1927).

a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

“3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección”.

De modo que el Convenio de Berna consagra tres prerrogativas básicas del autor:

- *reivindicar la paternidad de su obra* que, como señala Claude Masouyé (23), se hace generalmente poniendo el nombre en los ejemplares, en las páginas de la portada o de la cubierta, en los libros; en los créditos en las obras cinematográficas y televisivas; en la firma en los cuadros y las esculturas; en los frentes de los edificios y en los marbetes y envoltorios de las grabaciones sonoras, etc. Masouyé también considera que este derecho puede ejercerse de manera en cierto modo negativa, publicando su obra bajo seudónimo o en forma anónima, y en todo momento puede cambiar de parecer y abandonar su seudónimo o romper el anonimato;

- *oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación o cualquier atentado contra la misma*. Se trata del derecho de integridad, es decir, al respeto a la obra y, con ello, al autor;

- *oponerse a cualquier otro atentado contra la misma que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor*.

### **VIII. La incidencia del derecho moral sobre los derechos patrimoniales**

Como vimos, el texto del art. 6 bis del Convenio de Berna comienza diciendo: “independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de...”. Pero aun cuando sean independientes, el derecho moral y los derechos patrimoniales se influyen mutuamente. Si una obra no es bien explotada o no es publicitada o es promovida de manera contraria al respeto

---

(23) MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 45, § 6 bis 3.

que merece el autor, el mal ejercicio por parte del utilizador primario de la obra de los derechos patrimoniales que le ha transmitido el autor pueden afectar a la presencia de este último en el mercado disminuyendo su prestigio; lo mismo sucede si se omite o no se coloca adecuadamente el nombre del autor sobre la obra o no se menciona en sus comunicaciones públicas, pues el correlato del derecho a la paternidad es el “derecho al cartel”.

### IX. El derecho moral en el sistema angloamericano del *copyright*

Como dijimos, durante la Conferencia Diplomática de Roma (1928), los países del *common law* expresaron algunas objeciones, pues en ellos los derechos de carácter personal del autor no eran protegidos directamente por el *copyright* sino indirectamente, por otros medios. De allí resultó una solución de compromiso, plasmada en el art. 6 bis. Como resulta de su texto, el Convenio observa una actitud imparcial acerca de la naturaleza jurídica del derecho moral; únicamente se lo protege *iure conventionis* en los tres aspectos citados, y en el § 2 se faculta a las legislaciones nacionales a reglamentar no solo los medios procesales para la defensa de esos derechos, sino también las condiciones para ejercitarlos —podían ser reducidos a su mínima expresión— (24), como sucede en la mayoría de los países del sistema angloamericano, en los cuales tradicionalmente la protección de los derechos de carácter personal del autor ha sido diferida a los tribunales, que reconocieron gran parte de las facultades que integran el derecho moral, por considerárselas protegidas por el *common law*, pero sin incluir su regulación (como derecho moral) dentro de las leyes de *copyright*, con excepción de Canadá y, posteriormente, de Israel. Pero la norma canadiense establece que el derecho moral es intransmisible *inter vivos*, aunque admite su renuncia, total o parcial, sin exigir la constancia escrita de esta.

En el Reino Unido, por primera vez en 1988 se incluyeron previsiones legales específicas del derecho moral de paternidad (art. 77) y de integridad (art. 78), pero con carácter de renunciables, aunque la renuncia debe constar por escrito en documento firmado por la persona que la efectuó (art. 87). Esos derechos *no se aplican* a las grabaciones sonoras, a las ediciones gráficas, a los programas de ordenador, al diseño de caracteres tipográficos, a las obras creadas por ordenador, a las obras realizadas en virtud de una relación contractual laboral y en otros varios casos respecto de los cuales se establecen excepciones análogas (art. 79).

---

(24) Véase DESBOIS, H. - FRANÇON, H. - KEREVER, A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, París, 1976, p. 41, § 53.



En los Estados Unidos de América —al igual que en otros países de tradición jurídica angloamericana— los tribunales reconocieron muchas de las facultades que componen el derecho moral pero: como protección contra actos de competencia desleal (por suprimir el nombre del autor); como derecho de las obligaciones (que impone que las estipulaciones contractuales sean cumplidas cuando se trata del derecho al respeto de la obra); como protección contra la difamación (por publicación de una obra en una versión sustancialmente diferente); como derecho de privacidad (porque la publicación de versiones no autorizadas de la obra del autor se consideran una invasión a su intimidad).

Varios Estados (California, Nueva York, Massachusetts y Luisiana, entre otros) protegieron en sus leyes el derecho moral, *aunque solo en relación con determinadas obras artísticas* (el elenco más amplio de obras artísticas a las que se aplica el derecho moral es el de Massachusetts e incluye las obras audiovisuales).

La *Berne Convention Implementation Act* de 1988, por medio de la cual se concilió la legislación federal estadounidense con las disposiciones convencionales, rechazó la necesidad de introducir una reglamentación específica de la tutela del derecho moral, afirmando que las prerrogativas reconocidas por el derecho de ese país en su conjunto (la *Copyright Act*, otras leyes —federales y estatales— y la jurisprudencia), satisfacían las exigencias del art. 6 bis del Convenio de Berna y veda a sus tribunales toda referencia al Convenio (arts. 3º, 4º y 6º).

A finales de 1990, en los Estados Unidos de América se dictaron dos normas que introdujeron sendos agregados de importancia a la ley federal de *Copyright*, las cuales son consecuencia de la adhesión de ese país al Convenio de Berna, pues una está destinada a proteger el derecho moral del autor de *obras de las artes visuales*. El art. 106 A constituye el primer reconocimiento del derecho moral de autor en la legislación federal estadounidense. Las obras de las artes visuales respecto de las cuales se reconoce el derecho moral de sus autores —intransferible, pero renunciabile— comprenden (definición que se agrega al art. 101 de la ley federal de *copyright*): las pinturas, dibujos, grabados y esculturas en ejemplar único o en una serie limitada, como máximo, a doscientos ejemplares firmados y numerados correlativamente por el autor y las fotografías en las mismas condiciones producidas solamente para ser expuestas, excluyéndose los afiches, cartas geográficas, globos, dibujos técnicos, diagramas, modelos, obras de las artes aplicadas, las obras cinematográficas u otras obras audiovisuales, los libros, los diarios y periódicos, las bases de datos, los servicios de información electrónica, las publicaciones electrónicas o publicaciones análogas, los productos de *merchandising* y las obras creadas por encargo

o en virtud de un relación contractual laboral. Se establece el derecho de impedir la falsa atribución de autoría

### **X. El derecho moral en Internet**

El derecho moral rige plenamente en el entorno digital y de redes. El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), del que la Argentina forma parte (25), incorpora, por referencia, el art. 6 bis del Convenio de Berna al disponer que “las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna” (art. 1.4).

### **XI. Homenaje**

Nuestro reconocimiento al insigne maestro y magistrado probo que supo dejar su sello también en la materia aún poco transitada del derecho de autor, de importancia siempre creciente, especialmente a raíz del desarrollo de la tecnología digital y de redes, así como para la existencia de la cultura y la identidad nacional.◆

---

(25) Ley 25.140 (sancionada el 4/8/1999, promulgada el 8/9/1999, publicada en el BO el 24/9/1999).

# EL DERECHO DE MORIR

POR MANUEL COBAS

Sumario: I. Introducción.- II. La noción de muerte.- III. La evolución de la cuestión.- IV. Conclusiones.

## I.- Introducción

El concepto de muerte implica, la cesación de la vida (1). Empero, dicho concepto aparece como insuficiente para definir con claridad en qué momento el ser humano ha perdido su vida, ha muerto. Así, podemos encontrar distintas definiciones, a partir de la llamada muerte cardiopulmonar, como la denominada muerte neocortical en la que las funciones cerebrales superiores de la persona han desaparecido, de manera definitiva (2).

Aun, podemos preguntarnos si la “vida” a la que nos referimos antes, tiene un valor económico en sí misma (3), que se pierde irremediabilmente, con la muerte del ser humano.

El denominado “derecho de vivir” o el derecho a la “vida”, aparece entonces, como un antónimo de ese punto final, que es la muerte del ser humano. Y ese derecho de vivir, es un derecho de la personalidad (4), al que el maestro Cifuentes, consideraba como un derecho “esencialísimo”, como un bien supremo, del que dependen todos los demás de-

---

(1) Diccionario Enciclopédico Nuevo Espasa Ilustrado. Pág. 1181. Año 2000. Ed. Espasa

(2) Luna Florencia. El concepto de muerte. En Decisiones de vida y muerte. Pág. 119 Ed. Sudamericana. Buenos Aires. Segunda Edición. Año 2000

(3) Mayo Jorge. El valor económico de la vida humana y otras cuestiones. LL B 1988 Pág. 64

(4) Santos Briz Jaime. Derecho Civil. Tomo I. Pág. 287. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1978

rechos del ser humano (5), e invariablemente garantizado en todas las normas de fondo y tratados internacionales, entre los cuales se citan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Art. 1º, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo y en especial en su art.3º, la Convención contra la Tortura y o Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, en particular sus arts. 2 y 3, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su art. 2º, etc. (6)

A partir del “derecho de vivir”, en relación al cual debemos citar la importancia de la tarea realizada por la Organización de las Naciones Unidas, podemos pues considerar su conclusión, con la muerte del ser humano. Pero, hay un “derecho de morir”?

## II.- La noción de muerte

Como señalamos antes y desde el punto de vista biológico, la muerte implica la finalización de la vida del ser humano, extinguiéndose el proceso homeostático. Los signos vitales del ser humano han desaparecido. Y si bien esa situación aparece como única, las circunstancias en la que se producen son varias. Así, podemos referirnos a la denominada médicamente “muerte cerebral”, que implica la falta de reflejos, que deja de manera definitiva sin respuesta adecuada a los estímulos, que se practiquen a la persona afectada. Por ejemplo, la falta de su respiración, o un encefalograma chato o plano que supone precisamente, la inexistencia definitiva de actividad bioeléctrica en el cerebro del sujeto afectado.

Se trata pues, de la muerte física, la muerte de una persona humana, de un hecho jurídico que afectó su existencia, culminando la misma.

Sobre el particular, en el art. 103 del Código Civil derogado, se disponía que terminaba la existencia de las personas por su muerte natural, probándose la misma como se acreditaba el nacimiento de dicha persona, con la correspondiente partida expedida por el Registro Civil, ahora Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

---

(5) Cifuentes Santos. Derechos Personalísimos. Pág. 225. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 2008

(6) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Art.2. 1.-Toda persona tiene derecho a la vida. 2.- Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado. Rabinovich-Berkman Ricardo David. Vida, Cuerpo y Derecho. Pág. 23. Ed. Dunken. Buenos Aires 1998

En el actual Código Civil y Comercial, su art. 93, dispone que la existencia de la persona humana termina con su muerte, al igual que el mentado art. 103 del anterior código. Agrega el código vigente en su art. 94, que la comprobación de muerte de una persona, queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial, en el caso de ablación de órganos del cadáver.

El art. 96 del citado código actual, en su segundo párrafo determina por su parte, que la muerte de las personas fallecidas en la Republica, se prueba con las partidas de defunción expedidas por el Registro Civil, según su nomenclatura.

La muerte ocurrida en el extranjero, según el art. 97 del mismo cuerpo de normas se prueba con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar, donde se produce el fallecimiento.

La muerte de una persona humana puede acaecer por distintas razones. Por ejemplo, como consecuencia de su vejez, es decir, como fin o conclusión de un proceso natural.

Puede también la muerte ser causada por hechos violentos, que lesionan a la persona humana y le causan su muerte, generando no solo consecuencias civiles, como las que puede aparejar la propia responsabilidad en cualquiera de sus facetas (7), sino también de carácter penal.

### III.- La evolución de la cuestión

Desde la aparición del estetoscopio como instrumento medico, en la primera parte del siglo diecinueve, que produjo un cambio importante en la determinación de signos y síntomas que aquejaban al paciente en trance de muerte y la existencia de la misma hasta el presente, se han producido en el ámbito de la medicina importantes cambios tecnológicos, que permiten determinar con mayor precisión, al momento de la muerte de una persona física. Así, en la década de los ochenta del siglo pasado, la Comisión para el Estudio de los Problemas Eticos en Medicina y la Investigación Biomédica, en Estados Unidos de Norteamérica, produjo un conjunto de normas, donde se definieron criterios para la certificación de la muerte (8).

---

(7) Bustamante Alsina Jorge H. La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo. LL1991 B Pág.363. Vázquez Ferreyra Roberto A. La función preventiva de la responsabilidad civil. LL 2015 C Pág. 726. Lovece Graciela I. Prestaciones Asistenciales. Alcances de la Obligación de Seguridad. LL 2015 E Pág. 225 Calvo Costa Carlos A. La culpa médica en el Código Civil y Comercial LL 2015 F Pág. 632

(8) Lemon Alfredo. La más secreta intimidad. El derecho constitucional en los umbrales de la muerte. La tenue frontera entre la vida y la muerte. LL 1993 E Pág. 829

Se ha dicho, y creemos que con razón, que la definición de la muerte, o por lo menos del momento en que ésta se ha producido, se encuentra con las legislaciones en materia de trasplantes de órganos, cuyo origen sea cadavérico. En nuestro País, y en este sentido, el art. 23 de la ley 24.193, dispuso que “El fallecimiento de una persona se considerará tal, cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después, de su constatación conjunta:

a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;

b) ausencia de respiración espontánea;

c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;

d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nomina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

La norma transcripta no aparece como contradictoria del art. 93 del Código Civil y Comercial, sino concordante y aun complementaria con dicha disposición.

Excede este trabajo, enumerar el conjunto de normas que han venido regulando la actividad de los profesionales de la salud y el cuidado y prevención de las enfermedades, en especial la de aquellas que pueden conducir a la muerte del enfermo (9).

Como muestra de ello, nos parece oportuno mencionar la Resolución del Ministerio de Salud y Medio Ambiente N° 357 del 2016, en la que se aprueban las Directrices de Organización y Funcionamiento de Cuidados Paliativos. En esta resolución del mes de marzo de 2016, se recuerda el concepto de cuidados paliativos de la Organización Mundial de Salud, como la “asistencia activa y total de los pacientes y de sus familias por un equipo médico profesional, cuando la enfermedad del paciente no responde al tratamiento cu-

---

(9) Tinant Eduardo L. Eutanasia pasiva y Adistanasia a la luz de un fallo de la Corte Suprema del Estado de California. “La muerte, pues, es el telón de fondo de toda vida humana”. LL 2002 Pág. 512

rativo.” Esa área de Cuidados Paliativos incluye pacientes con enfermedades oncológicas, neurológicas evolutivas o degenerativas, renales crónicas, sida, enfermedades metabólicas, genéticas y otras potencialmente letales. Es entonces se señala, cuando los “Cuidados Paliativos” despliegan sus acciones, con el objetivo de preservar y promover la mejor calidad de vida posible (10).

Asimismo, el art. 59 del Código Civil y Comercial vigente establece, en su inc. h), el derecho del paciente a recibir cuidados paliativos integrales, en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento físico.

El concepto de “muerte” no parece estar completo, sin hacer referencia a la llamada “muerte digna” (11).

El calificativo adosado al término muerte, implica que el paciente o sus familiares, en el caso de imposibilidad del primero, que soporta una enfermedad irreversible y se encuentra en un estado de evolución terminal, puede decidir rechazar o no aceptar procedimientos médicos invasivos, o agregamos, tratamientos médicos en general (12).

En el sentido indicado, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “D.M.A. s/declaración de Incapacidad” del 7 de julio de 2015 en el que se aceptó la petición de las hermanas del paciente, para suspender las medidas de soporte vital, que se le venían aplicando al enfermo por veinte años.

En la evolución que venimos marcando, la ley 26529 del año 2009, reguló los derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de salud. En los que nos interesa particularmente, dicha disposición legal en su art. 2º inc. e) estableció la autonomía de la voluntad del paciente, “el que tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad....”

---

(10) Weingarten Celia y Ghersi Carlos A. La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos. LL 1998 E Pág. 1165. López Messa Marcelo J. Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial. LL 2016 A Pág. 1021

(11) Blanco Luis G. Homicidio piadoso y dignidad humana. “La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. Así, el derecho a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente”. LL 1997 F Pág. 509

(12) Colautti Carlos E. Los tratamientos médicos y la soberanía sobre el propio cuerpo. LL 2001 C Pág. 821. Rabinovich-Berkman Ricardo. Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos. Decisiones terminales y medicina paliativa. Pág. 343. La Ley Buenos Aires 2004

En concordancia con lo determinado, el art. 5 de la mentada ley entendía por consentimiento informado del paciente, a “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada respecto de:

- a) Su estado de salud.
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.
- c) Los beneficios esperados del procedimiento.
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, público o privado, requiere el previo consentimiento informado del paciente. Dicho consentimiento exige una manifestación escrita en los supuestos determinados por el art. 7 de la ley 26529, pudiendo ser verbal en los restantes casos.

La ley 26742 de mayo del año 2012 modificó la ley 26529 referida a los derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de salud. En lo que nos interesa especialmente, el art. 1 de la ley 26742, cambió el texto del inciso e) del art. 2 de la ley 26529, agregando al referirse a la autonomía de la voluntad del paciente, que “En el marco de esta potestad, el paciente que presenta una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También, podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, cuando los mismos produzcan como único efecto, la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significara la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio, del sufrimiento del paciente.”



Como puede advertirse, la transformación de la ciencia médica, no solo ha sido de la tecnología o procedimientos médicos curativos o paliativos, sino que también, la especial consideración de la voluntad del paciente, ha sido tenida en cuenta por los prestadores de salud, en una evolución muy interesante, que tiene en cuenta la obligación de informar al paciente sobre los puntos que determina el art. 59 del Código Civil y Comercial, incluido el derecho de “no saber” o que la información le sea transmitida a un tercero, previamente autorizado.

Entendemos que la negativa del paciente a la que nos referimos antes, no configura un supuesto de “suicidio”. Ni éste, por otra parte, está admitido en nuestra legislación. Por el contrario, se encuentra penalizada la asistencia al suicida para cometer su propósito.

Por su parte, el art. 59 del Código Civil y Comercial reitera textos antes citados, al legislar sobre el “consentimiento informado”, fundamentalmente en el inciso g) del mismo, al referirse a los derechos del paciente que sufra una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos médicos, que la norma enumera, y sin perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimientos desmesurados al paciente, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal, irreversible e incurable.

En igual sentido, se dispuso en el inc. h) del mencionado art. 59, que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, sin su consentimiento libre e informado, a excepción de que otra norma, disponga lo contrario.

La última parte de la noma antes citada, también prevé el supuesto de imposibilidad absoluta del paciente para expresar su voluntad, durante el acto médico o con antelación al mismo, el que puede ser sustituido por el consentimiento expresado por el representante legal, “el apoyo” del art. 43 del Código Civil y Comercial, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, en los casos en que medie una situación de emergencia, con riesgo cierto e inminente de un mal grave, (para la vida y salud del enfermo).

A todo evento y en ausencia de los parámetros indicados, el médico actuante podrá prescindir del consentimiento del paciente, si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un grave perjuicio al enfermo.

El art. 60 del Código Civil y Comercial, se refiere por su parte, a las directivas medicas anticipadas, que implican que la persona afectada y plena-

mente capaz, pueda anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud, y en previsión de su propia incapacidad.

No se trata en ningún de los supuestos referidos hasta aquí, de los casos de eutanasia o distanasia, sino más bien de supuestos de ortotanasia.

En el primer caso, se trata del enfermo afectado por una enfermedad grave e irreversible, la que le ocasiona grandes sufrimientos y al que en razón de los mismos, se produce su muerte.

En el segundo supuesto, se trata de prolongar la vida del enfermo de manera innecesaria, frente a la dolencia que sufre y que lo conduce a la muerte.

El tercer caso, la ortotanasia, refiere la muerte como resultado de un proceso, acompañado con las medidas médicas compatibles a ese estado de enfermedad terminal del paciente, conforme lo venimos señalando.

#### **IV. Conclusiones**

El desarrollo del tema nos permite afirmar que no estamos frente a un verdadero derecho subjetivo, al referirnos al llamado “derecho a morir”. Podríamos decir entonces, que tal presunto derecho no existe como tal.

Se trata, como dijimos antes, de un hecho natural, la muerte de una persona que produce consecuencias legales y que puede considerarse como un hecho jurídico, según su concepto del art. 257 del Código Civil y Comercial, que refiere el acontecimiento que produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. ♦

# DERECHO A LA SALUD. DERECHOS A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

POR ANA MARÍA CONDE

Sumario: I. Introducción.- II. Derecho a la salud sexual y reproductiva.- III. La responsabilidad parental y la autonomía progresiva de las personas menores de edad.- IV. La función del Estado.- V. Conclusión.

## I. Introducción

Se cumplen quince años desde que el tribunal que integro dictara sentencia en la causa “Liga de Amas de Casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (1), en la cual los jueces nos pronunciamos por unanimidad sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la información y educación sexual en los establecimientos educativos de la ciudad. El tema se encuentra plenamente vigente incluso hasta hoy en día, porque durante el año en curso los debates legislativos que tuvieron lugar respecto de la interrupción voluntaria del embarazo nos han permitido verificar que los objetivos perseguidos por las leyes locales y nacionales, en cuanto a la creación de diferentes programas de salud sexual y reproductiva, distan de haberse cumplido.

En efecto, si tomamos como punto de partida la ley nacional 25.673 —que establece el “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Respon-

---

(1) TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, expte. 480/00, en “Constitución y Justicia” [Fallos del TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, p. 639.

sable” y que define como sus objetivos: “a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/SIDA y patologías genital y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones referidos a la salud sexual y procreación responsable; [y] g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a la salud sexual y procreación responsable” (cfr. art. 2°)— se puede advertir que, con relación concreta al ámbito de los niños, niñas y adolescentes no se ha llegado a un nivel auspicioso de resultados que garantice sus derechos sexuales y reproductivos.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la que me refiero —esto es, una acción declarativa de inconstitucionalidad que cuestionaba la ley local 418 de “Salud Reproductiva y Procreación Responsable”, anterior a la ley nacional 25.673—, analizó fundamentalmente el derecho de niños, niñas y adolescentes a recibir educación e información sobre salud sexual en los establecimientos educativos porteños. Es con relación a las consideraciones en ella expuestas, sobre las cuales me propongo reflexionar, advirtiendo acerca de la absoluta vigencia de las razones que fundaron el voto que allí emitiera, a la luz de las posteriores modificaciones legislativas que vinieron a corroborar precisamente las tendencias que ya en aquel momento surgían de las convenciones supranacionales y del derecho comparado.

Es una realidad incontestable que la población joven llega al inicio de su actividad sexual a una edad temprana en relación con tiempos pasados, situándose, por lo general, en los años de la escolaridad media o incluso antes de ello en muchos casos. Resulta necesario, por tanto, que niños y adolescentes cuenten con información adecuada y accedan a una formación precisa con relación a su propia sexualidad, a efectos de que puedan prevenir embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual (ETS). Es un deber del Estado la implementación de políticas públicas de salud que les permitan a todos los jóvenes, a través de programas y educación, acceder a contenidos necesarios para llevar adelante una vida sexual sana y de bienestar.

Por otro lado, desde que en nuestro país comenzaron a implementarse algunas medidas y programas específicos —esto es, alrededor del año 2000—, se han planteado numerosas acciones judiciales en las que se ha cuestionado la legitimidad y constitucionalidad de las normas locales y nacionales. Esas acciones, promovidas por padres y asociaciones que consideraron que el Estado a través de tales medidas invade un terreno que suponen ajeno a

la educación escolar —sobre todo, cuando ella es brindada por instituciones religiosas—, se fundan en que existe una expropiación de un espacio que debería permanecer reservado al ámbito familiar. Afortunadamente estas cuestiones, que han sido resueltas en el tiempo sobre la base de entender que el asunto se vincula estrechamente con un tema de salud pública, hoy ya no se discuten con el mismo vigor de antaño para circunscribir la actividad de los gobiernos en la materia, ni para desconocer los derechos de jóvenes adolescentes al ejercicio de su autonomía progresiva en punto al conocimiento que deben tener a fin de poder decidir, de un modo sano y responsable, sobre su propio cuerpo.

## II. Derecho a la salud sexual y reproductiva

La vida, la integridad personal y la salud están consideradas, en la conciencia social y en el ordenamiento positivo, como derechos que revisten interés público y no únicamente como meros derechos subjetivos privados. De hecho, en las últimas décadas todos ellos se han incorporado al bloque de constitucionalidad en el marco de un proceso que ha sido llamado como “civilización del derecho constitucional” o “constitucionalización del derecho civil”.

La salud es un derecho humano fundamental, que encuentra reconocimiento y tutela en numerosos tratados y pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional, con su última reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22), tales como: la DUDH (arts. 3° y 8°); el PIDESC (art. 12, incs. 1° y 2°); la DADH (art. XI); la CADH —Pacto de San José de Costa Rica— (art. 26, que debe leerse con remisión al art. 33 de la Carta de la OEA); la CEDAW y la CDN (art. 24, inc. 2°). En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales que se aplican en el ámbito interno de nuestro país, se encuentra el derecho a la salud física y mental, en el sentido que la define la OMS, no ya como la ausencia de enfermedad sino como un “equilibrio físico-psíquico y emocional”.

Aun antes de la incorporación de los tratados internacionales al bloque constitucional que preside nuestro sistema jurídico, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido que era obligación del Estado la de “proteger la salud pública” (2), obligación impostergable, de “inversión prioritaria” (3). Tal concepción del rol del Estado, en lo atinente a la adecuada satisfacción del derecho a la salud de la población, se adecua a las previsiones de la Declaración de Alma-Ata, resultado de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud celebrada en 1978.

---

(2) Fallos 31:273.

(3) Fallos 323:1339.

Progresivamente, la salud ha sido reconocida, a nivel nacional e internacional, como un derecho humano, es decir, como inherente a la dignidad humana, de tal forma que el bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York en 1946, señala que “[e]l goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

El Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos, encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad —art. 12 del PIDESC; art. VII de la DADH; art. 25, inc. 2°, de la DUDH; arts. 4°, inc. 1°, y 19 de la CADH, entre otros— y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas o de la circunstancia de encontrarse los niños bajo el cuidado de sus padres, pues lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todas las áreas del gobierno (art. 3° de la CDN).

El derecho a la salud reproductiva se encuentra comprendido dentro del concepto de derecho a la salud, siendo definida como el “estado de bienestar bio-psico-social logrado mediante información y educación sobre la sexualidad, salud sexual y procreación responsable y por la atención médica prenatal, obstétrica y post parto” (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo Humano, ONU, 1994). Es decir, que salud sexual implica que las personas sean capaces de tener una vida sexual responsable, satisfactoria y segura y tomar decisiones relativas a ella con libertad.

El derecho a la salud sexual y reproductiva se ve escindido, a partir de esta definición, de la vinculación tradicional con la fecundidad, promoviendo una sexualidad libre y segura para las personas. Se lo reconoce como derecho humano personalísimo en tanto se encuentra regulado para el cuidado y protección del propio cuerpo y psiquis de la persona (4).

Con respecto a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la educación e información sexual les es reconocido expresamente, al figurar entre los objetivos declarados por la ley nacional 25.673 en cuanto a “promover la

---

(4) BASILE, Carlos A., “Los niños y adolescentes frente al ejercicio de su derecho fundamental a la salud reproductiva”, LL Suplemento Act. del 19/8/2003 (cita online: AR/DOC/10473/2003).

salud sexual de los adolescentes” (art. 2º, inc. c]) y al señalar que “[l]a presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagradas en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (ley n° 23.849)” (art. 4º). Posteriormente, el decreto reglamentario de la ley primeramente citada dispuso que “[a] los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al niño beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades”; y en relación con la consulta médica “[l]as personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna, manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad” (art. 4º, dec. 1282/2003). En el año 2006, se sancionó una norma específica (ley 26.150) que establece el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, dando así mayor entidad a la relevancia de la educación sexual en el contexto de la prevención y cuidado de la salud infanto-juvenil, y a la que me referiré más adelante.

Por supuesto, corresponde señalar que este acceso a la información no es irrestricto, sino que, dependiendo del grado de madurez de la persona menor de edad, la educación e información que se proporcione debe estar referenciada a programas de políticas públicas en la materia y bajo responsabilidad de la autoridad parental (progenitores) y de las instituciones educativas, dado que en ambos ámbitos se desarrolla la misión de proteger y educar para el pleno desarrollo de la persona y de acompañar en el tránsito de la autonomía progresiva del niño o adolescente.

En este camino hacia la madurez, es evidente que la familia tiene, en un primer momento, la tarea de proteger la sexualidad del niño/adolescente, brindándole la información y educación primaria. Sin embargo, no por ello es menor la importancia de la tarea formativa de la escuela o el profesional médico, puesto que evidentemente no podrá soslayarse que existen casos en los que, por diversos motivos, no puede contarse con el apoyo, contención y educación de la familia en el tema que nos ocupa. Y es aquí donde adquiere una mayor relevancia la función del Estado, como actor obligado a garantizar la adecuada información y educación en materia de salud sexual y reproductiva para tutelar los derechos humanos y personalísimos de las personas menores de edad en relación con su sexualidad.

En este análisis de la cuestión que nos ocupa, me voy a referir a algunas consideraciones generales de aspectos vinculados con los derechos de los adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva; consideraciones

que han sido efectuadas en la sentencia que motiva este trabajo y que ya mencionara, como lo son: la responsabilidad parental de los progenitores (antes llamada patria potestad); la autonomía progresiva de las personas menores de edad; los derechos personalísimos; el derecho a la información, y la función del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes.

### **III. La responsabilidad parental y la autonomía progresiva de las personas menores de edad**

El art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Civ. y Com.) define el concepto de responsabilidad parental, que viene a suplantar el de patria potestad contenido en el anterior Código Civil, sin establecer diferencias en lo que ahora nos concierne. Allí, establece que “[l]a responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Dije en la sentencia que ahora comento que “[l]a autoridad que se reconoce a los padres no es un fin en sí misma, pues se encamina a cumplir con las finalidades a las que, de forma expresa, alude la norma; que son la protección y la formación integral de los hijos (5) (...)”.

“La transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia, es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones sociales de la familia misma. Cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos, y aún despóticos, vínculos de sujeción al poder paterno —como ocurriera en el mundo helénico o romano o con el instituto del Munt del derecho germánico primitivo, aun cuando éste presentaba un mayor sesgo protectorio—; pero la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto y ello ocurre porque, a medida que el Estado va cobrando poder, la familia, que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. De tal modo, la patria potestad se corresponde, en su contenido, con las funciones que cumple la familia en el contexto social (6) (...)”.

“Una evaluación de la regulación de la patria potestad desde la sanción del Código Civil nos permite advertir cómo se ha dado entre nosotros la

---

(5) LLOVERAS, Nora, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 1197.

(6) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 1989, t. 2, ps. 641 a 647.



evolución del proceso al que aludiera. En efecto, el originario artículo 264 del Código Civil disponía: 'La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados'. Como se advierte, la norma sólo hablaba de derechos de los padres y no aludía a los deberes de éstos en la configuración del sistema, como la actual. Esa definición no exteriorizaba, pues, un vínculo paterno-filial integrado por sujetos cuyos intereses resultarían igualmente respetables, ni mucho menos una relación que pueda ser concebida en términos de valor equivalente. En 1919, con la sanción de la ley 10.993, comienza a establecerse un régimen de protección de la infancia, en el que el Estado, a través de los jueces, podía actuar en concurrencia con la actividad de los padres y así, por esa norma, se modificó el texto del artículo 264, que expresó: 'La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos'. A partir de allí, y a través de la sanción de diversas normas —como la ley 11.357 y la 14.367— el contenido de la noción de patria potestad está sustentado en la relación derecho—deber y en la coordinación de actividades desarrolladas por la familia y por el Estado”.

“La configuración de la relación derecho-deber, ha consagrado en el derecho argentino la llamada ‘cláusula de beneficio de los hijos’, que impone un modo de ejercer la autoridad paterna; siempre con la mira puesta en el interés del menor(7) (...). Ello se compadece, por otra parte, con lo establecido en los artículos 3.1, 18.1 y 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que integra nuestro bloque de constitucionalidad y que, por ello, proyecta sus pautas a todo el sistema jurídico argentino del que ha quedado eliminada toda idea de primacía o prerrogativa paterna (8) (...)”.

“Se advierte así que el núcleo de deberes y de derechos que contempla la patria potestad (hoy autoridad parental), no ha permanecido cristalizado en el tiempo. Por el contrario fue evolucionando de acuerdo con las ideas generales de la sociedad en las distintas épocas, adecuándose a los cambios y a las nuevas exigencias sociales. Tal evolución ha sido imprescindible para evitar uno de los fenómenos que en mayor medida puede afectar la validez y la vigencia del orden normativo, como es la disociación entre el mundo real y el mundo jurídico”.

“Toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación

---

(7) BÍSCARO, Beatriz, “La patria potestad ejercida en interés de los hijos”, LL 1989-A-574.

(8) BELLUSCIO, Augusto, *Manual de derecho de familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 504.

es la de permitir el desarrollo de un sujeto autónomo. Los menores van adquiriendo ‘competencias’ en función de su madurez psíquica, grado de educación alcanzado, circunstancias sociales, entorno familiar, etc. Al ser humano no le viene dada la autonomía sino que ésta se forja a través de la educación, que aparece, así como la principal función de los padres”.

“De esta forma, y teniendo especialmente en cuenta las pautas establecidas en la Convención de los Derechos del Niño (que integra la Constitución Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 22 inc. 75), ha quedado definido el perfil actual de la patria potestad en consonancia con las modernas orientaciones jurídicas en la materia”.

“Puede afirmarse, por consiguiente, que la noción de subordinación a la autoridad paterna no depende sólo de lo reglado en la legislación infraconstitucional de nuestro país sino también de lo dispuesto en los tratados y pactos internacionales que la Constitución incorpora a su texto, siendo —incluso— de orden jerárquico superior lo establecido en ellos frente al supuesto de controversia con la ley civil (art. 31 CN)”.

“Así definido e integrado el concepto de patria potestad, se destacan lineamientos básicos e insoslayables del régimen de tutela aplicable a los menores de edad, en virtud de los cuales no se discute que: 1) el niño es titular de todos los derechos inherentes a su condición de persona, 2) goza, además de derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación; 3) los padres o encargados de la custodia del niño son los responsables de su crianza y educación y de velar por su bienestar y 4) el *mejor interés del niño* es el principio que rige toda la actividad relacionada con ellos (...) (9) (10)”.

3.2. Nuestra ley civil establece que se encuentran sujetos al régimen de responsabilidad parental todas las personas menores de edad, esto es, menores de 18 años (art. 638, Cód. Civ. y Com.), como principio general y especialmente con respecto a la celebración de actos jurídicos. No obstante, respecto de los simples actos lícitos y, en concreto, con relación a los actos sobre el propio cuerpo, el Cód. Civ. y Com. contiene disposiciones especiales basadas en los principios de autonomía progresiva y en el derecho a ser oído de los menores de edad. Así, en función de la edad y el grado de madurez, determina que i) a partir de los trece años el menor de edad se denomina adolescente y se presume que cuenta con aptitud para decidir

---

(9) GORVEIN, Nilda S. - POLAKIEWICZ, Marta, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, ED 165-1283.

(10) TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, expte. 480/00, en “Constitución y Justicia” [Fallos del TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, p. 639.

por sí respecto de tratamientos no invasivos o que no comprometan su salud, y ii) a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 25, Cód. Civ. y Com.).

De esta manera, se ha producido un cambio muy relevante sobre el conjunto de deberes y derechos de los progenitores con relación a los hijos menores de edad dependiendo de la franja etaria en la que se los ubique; cambio que ha resignificado la institución bajo un nuevo paradigma centrado en tres pilares básicos: la autonomía progresiva, el derecho a ser oído y el interés superior del niño (11), haciéndose eco nuestra legislación interna de las transformaciones jurídicas que la jurisprudencia internacional ya venía indicando y que luego fueron plasmadas en la CDN.

La sentencia comentada, sin perjuicio de haber sido un pronunciamiento anterior a este cambio de paradigma, analizó la cuestión sometida a debate —esencialmente las limitaciones o restricciones que la autoridad parental podría imponer al derecho de los menores de edad a recibir orientación, información y educación sobre salud sexual y reproductiva— ponderando estos aspectos y principios que luego fueron incorporados a la legislación civil, lo que la hace acreedora de real vigencia.

Sostuve entonces que “[e]sta demarcación de las facultades de actuación de los menores resulta razonable en relación con los derechos que conllevan la asunción de responsabilidades y obligaciones para las cuales, eventualmente, el menor no goza de la madurez suficiente —v. gr. contraer matrimonio—, pero no encuentra justificación suficiente cuando de lo que se trata es de ejercer derechos personalísimos”.

“Los derechos personalísimos son, por naturaleza, insusceptibles de ser ejercidos por representante pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad, que implica, en esencia, la facultad de decidir y elegir por sí mismo, en tanto no afecte derechos de terceros (12) (...)”.

“En este aspecto, existe, por un lado, la obligación del Estado de adecuar sus políticas públicas para garantizar efectivamente los derechos que se les reconocen y que resultan de la condición humana en sí misma y, por otro, el deber de los padres de ejercer sus prerrogativas para ‘impartirles

---

(11) SANTI, Mariana, “Comentario a los arts. 19 a 30”, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, cit.; SANTI, Mariana, “La persona menor de edad en el proyecto de Código”, LL del 13/5/2013.

(12) GORVEIN, Nilda S. - POLAKIEWICZ, Marta, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, cit.

en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención' (art. 5º, Convención de los Derechos del Niño). Como consecuencia de ello, las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños (13) (...)"

"Los menores evolucionan desde un estadio de incompetencia absoluta para ejercer por sí los derechos de los que son titulares, hacia una madurez gradual, que culmina cuando adquieren la plena capacidad de ejercicio, con lo que cesa su sujeción a la patria potestad. Este curso evolutivo del menor en relación a sus competencias se encuentra contemplado por la ley, que establece la distinción entre incapaces absolutos y relativos, a la que aludiera anteriormente"

"No ocurre lo mismo en cuanto a los derechos personalísimos, ya que no existe en el código civil un reconocimiento de las distintas etapas de evolución psicofísica ni una gradación en el nivel de decisión al que pueden acceder para participar en la decisión de cuestiones trascendentes para sus vidas, como las relativas a las cuestiones vinculadas con la salud reproductiva"

"La doctrina distingue entre 'capacidad' y 'competencia'. Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por ello y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada, a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Si la persona no tiene esa edad o no está emancipada, el contrato médico, por ser un acto negocial, debe ser celebrado por los representantes legales. Competencia es un concepto perteneciente al área de ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar (14) (...)"

"La noción de competencia se vincula con el discernimiento; se trata de '...un estado psicológico empírico en que puede afirmarse que la decisión

---

(13) GORVEIN, Nilda S. - POLAKIEWICZ, Marta, "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", cit.

(14) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", en *La persona humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 249 y ss.

que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal..' (15) (...)"

"En Inglaterra y en Holanda, los dieciséis años de edad establecen el límite a partir del cual el sujeto puede requerir la provisión de servicios médicos sin intervención de su padre; en especial de análisis relativos a la presencia del Virus de Inmunodeficiencia Humana, VIH. En el primero, se estableció el estándar jurisprudencial del sujeto 'Gillick competent' para valorar la aptitud de los menores de edad para comprender el contenido de un acto médico y en Holanda se admite la realización de algunas prácticas médicas a menores entre los doce y los dieciséis años, cuando éstos pueden comprender el contenido de conducta del acto. La legislación de estos países, al igual que la francesa, prevé el no anociamiento de los padres, pues se ha comprobado que esta seguridad de preservación del secreto profesional frente a ellos, en los casos pertinentes, facilita la concurrencia de los adolescentes a los centros asistenciales y, con ello, la prevención y el tratamiento oportuno de las patologías que pueden presentar".

"Pero desde la óptica del sistema jurídico no es lógico que consideremos que hay en esta esfera de actuación un espacio carente de regulación que sólo puede ser completado por un rígido sistema de autoridad paterno, de subordinación absoluta del menor a los criterios establecidos por sus responsables; porque ello no se compadecería con las pautas establecidas en el bloque de constitucionalidad que preside nuestro orden normativo, que impone el respeto de la vida, la salud y la dignidad de todos los sujetos que a él se conforman, que les asegura la garantía de una adecuada provisión de información y que, en el caso de los menores establece como pauta de valoración la de respeto a su interés prevalente. Se impone, por el contrario, considerar la interacción padre-hijo como la herramienta hábil para vincular el respeto a los derechos personalísimos del hijo con los deberes y derechos que les caben a los progenitores para su formación y cuidado".

"El proceso hacia la autonomía personal o autodeterminación requiere, en forma relevante, de la función socializadora de los padres, pues son ellos quienes en forma indelegable —entre nosotros, no así en el ordenamiento francés, en el que el art. 376 y ss. del *Code* admite la delegación de la autoridad parental— tienen la responsabilidad de cuidado y formación del niño".

"En el camino hacia la autonomía se verifican diversos estados de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño,

---

(15) LORDA, Pablo S., citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", cit.

operativas en función de la madurez psicofísica de los menores. Así, el primer escalón está constituido por el principio 'del mejor interés del niño', en un nivel inmediatamente superior se encuentra el derecho a la información, luego el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y, por último, la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Dentro de este régimen, cada una de las secuencias implica que se ha respetado la anterior, desde el primer nivel, en el cual la decisión será del representante hasta llegar a la posibilidad de que el menor pueda actuar conforme a su propio criterio”.

“Esta es una forma razonable de reconocimiento de los derechos personalísimos: el respeto de las diferentes etapas de evolución de las personas menores de edad. Es propio del proceso de crecimiento que el niño evolucione acorde con su edad y madurez y que, conforme va creciendo, los padres le otorguen mayor autonomía en la atención de sus necesidades de alimentación, higiene, en sus relaciones sociales y en la formación de sus gustos y criterios. Un progenitor que pretendiera seguir haciendo lo mismo que cuando su hijo era pequeño, vistiéndolo, bañándolo, ingresando junto a él a todos los lugares, escuchando sus conversaciones, etc., incurriría en un ejercicio antifuncional de la patria potestad, en conductas que inclusive los tribunales podrían impedir. La guía y educación de los padres es por cierto adecuada y bienvenida, mas no su intervención personal en cada acto de la vida de los hijos menores, cada vez menos a medida que van creciendo” (16).

En suma, la misión educadora de los padres en materia de sexualidad de sus hijos es fundamental y protectora, ya que es en el seno familiar donde se debe proveer al niño, niña o adolescente de información y educación. No obstante, no siempre los progenitores se encuentran en condiciones de poder hacerse cargo de esa tarea, porque el diálogo entre padres e hijos puede verse limitado o restringido en virtud de múltiples factores como falta de tiempo, de convivencia, mala comunicación, disfuncionalidades familiares que provocan entonces un desmedro en los derechos de la sexualidad de esa población joven, desmereciéndose la protección y garantía que el derecho la salud integral requiere. Veamos, a continuación, cómo puede y debe intervenir el Estado en este proceso socializador y de educación de las personas menores de edad.

#### **IV. La función del Estado**

El Estado tiene un rol esencial determinado por las normas que ya hemos mencionado como garante del derecho a la salud sexual y reproductiva de

---

(16) TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mi voto en “Liga de amas de casa”, cit.

todos los habitantes del país, entre ellos y, con mayor razón por su menor edad, de los niños, niñas y adolescentes. Este deber del Estado no es secundario ni subsidiario de la educación/información adquirida familiarmente. Por el contrario, se trata de un deber principal que debe encarar con la mayor seriedad, colaborando con los progenitores y generando políticas concretas para evitar la transmisión de enfermedades de origen sexual y los embarazos adolescentes no deseados.

Puede entonces afirmarse que “el Estado debe colaborar con la función desarrollada por los progenitores y establecer ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación y lleve a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines. Debe tenerse presente que, de no hacerlo, estaría incumpliendo su deber de garantía en cuanto al efectivo reconocimiento de los derechos personalísimos del niño, lo que puede, generar responsabilidades en el plano del derecho internacional; como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del Pacto de San José de Costa Rica” (17).

“Es natural que en un país que ha abierto sus fronteras a la inmigración, como lo hiciera la República Argentina, convivan grupos con variedad de costumbres y de creencias. Desde el punto de vista de la organización del Estado, ha sido necesario establecer determinadas pautas que permitieron transmitir a la población parámetros comunes básicos; como ocurriera con las normas que regularan el sistema de educación pública, que contribuyeran a estrechar los espacios interculturales y a propender a la igualdad efectiva de los habitantes del país. Tales normas jamás han impedido que cada grupo familiar educara a sus hijos conforme a criterios particulares, admitidos por las normas de convivencia y reconocidos por el Estado y es por ello que en el artículo 14 de la Constitución Nacional se garantiza la libertad de culto y en el artículo 12, inc. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos se enuncia que ‘Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones’”.

“Que el Estado arbitre los medios para que los habitantes del país puedan contar con un mínimo de información que se estima adecuado para su formación y desarrollo no implica necesariamente que todos los destinatarios vayan a acceder a ella; pues es claro que si algún niño ha recibido en su hogar determinadas pautas religiosas o axiológicas y considera que el respeto de ellas es importante para su vida no habrá de requerir mayor información que la que le ha sido proporcionada por su núcleo familiar”.

---

(17) Arts. 28.2 —cláusula federal— y 63.1 de la CADH; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Trujillo Oroza c. Bolivia”, sentencia del 27 de febrero de 2002.

“Del mismo modo, cabe señalar que si el menor desea recibir mayor información y esta no le es proporcionada en su entorno educacional estrecho, puede requerirla de canales oficiales que aseguran un mínimo de calidad en los contenidos, como ocurre con los establecimientos educativos. En todos los casos, tal información será por él asimilada conforme a los principios y valores en los que ha sido educado”.

“Temer que el mero acceso a la información por parte de un chico podría desvirtuar los principios con los que ha sido educado importa tanto como cuestionar su solidez, peso específico y valor educativo”.

“En el caso de las personas menores de edad, el sistema jurídico prevé la posible existencia de supuestos de contraposición entre el interés de sus progenitores y el del joven, evaluado al abrigo de los principios generales que orientan el orden normativo y, por ello, ha establecido la figura del Defensor de Menores [—hoy art. 103 CCyCN—], como órgano protagonista de la protección y regulación de los intereses de los niños. Cabe recordar que los niños, en el ámbito familiar, pueden ser educados para que alcancen su desarrollo pleno; pero también que, como nos muestran a diario los casos llevados ante los tribunales, los medios de comunicación y las calles, pueden ser sometidos a situaciones de violencia, crueldad y explotación, por lo que el Estado no puede dejar que el proceso educativo quede librado al exclusivo arbitrio de los progenitores o responsables”.

“La educación sexual no sólo permite que el tránsito hacia la pubertad se desarrolle como un proceso natural, sino también que los menores que son víctimas de agresiones sexuales —aún en el propio ámbito familiar en el que reciben pautas de conducta de parte de quienes ejercen la patria potestad— puedan comprender la naturaleza ilícita de ellas” (18).

Los progenitores, en ejercicio de los derechos-deberes que les acuerda el régimen de responsabilidad parental, deben educar a sus hijos conforme a las pautas que consideran idóneas para su formación y desarrollo, teniendo en mira el interés de ellos. Dejando naturalmente de lado los supuestos en los que no concurra un grupo familiar continente en los cuales el Estado tendrá que asumir un rol significativamente mayor, existen padres que educan a sus hijos en una determinada religión, mientras que hay otros que no lo hacen ni ven apropiado que se les inculquen valores inherentes a una religión; de la misma manera que existirán padres que intentarán aleccionar a su hijos en el convencimiento de que no corresponde mantener

---

(18) TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mi voto en “Liga de amas de casa...”, cit., en el cual se cita en el último párrafo a ESCARDÓ, Florencio, *Los derechos del niño*, Eudeba, Buenos Aires, 1985, p. 69.



relaciones sexuales a temprana edad por los motivos que fueren, mientras que existirán otros padres que no las cuestionarán o hasta las considerarán como un ejercicio de la propia libertad en cuyo marco entiendan conveniente educar a sus hijos. En este marco, el Estado no puede legislar ni establecer políticas públicas solamente para unos pocos en detrimento del estilo de vida del resto del conjunto, sino que debe definir políticas que promuevan el mejor desarrollo de los proyectos de vida de todos, con total independencia de si pertenecen a un grupo religioso o cultural o a un estrato social determinado.

En efecto, es un hecho que la educación familiar no siempre logra aprehender los distintos aspectos de la persona en la evolución del niño hacia la adultez. La experiencia nos demuestra que a menudo ciertos padres que educan a sus hijos bajo severos cánones de moralidad y religiosidad ven cómo aquellos abrazan con el tiempo estilos de vida o concepciones que distan notoriamente de los parámetros con los que fueron instruidos; y viceversa.

Teniendo en consideración lo expuesto, cabe establecer que, desde el punto de vista de la política gubernamental, es absolutamente necesario que las leyes de salud sexual y reproductiva se cumplan cabalmente para asegurar los beneficios de la salud sexual a todos los niños y jóvenes, con independencia de los parámetros religiosos, sociales o culturales que profesen y sin que se los adoctrine en la adopción de una determinada concepción de la vida ni en la utilización de un único método anticonceptivo. Los progenitores que no cuenten con información relacionada con estas u otras materias deben estar en condiciones de poder acceder a contenidos serios que les permitan transmitírselos a sus hijos y debatir con ellos; de tal suerte que aquellos que tengan un criterio que discrepe con esos contenidos, pueden también discutir válidamente acerca de ellos y persuadirlos en caso de entenderlo pertinente con sus propios argumentos. Al Estado claramente no le corresponde inmiscuirse en eso, pero ello no significa que deba renunciar a su obligación de poner al alcance de toda la población las herramientas que estime convenientes para que cada uno de los integrantes de aquel colectivo pueda tomar las decisiones que el propio ordenamiento le permite adoptar.

Al respecto, por vía de hipótesis, debemos aceptar como posibilidad que existirán casos en los que los jóvenes adviertan que sus padres no son idóneos —por cuestiones de maduración, de formación o de concepción dogmática— para suministrarles toda la información vinculada con su salud reproductiva que puedan considerar necesaria para su normal desarrollo, por lo cual, en este punto, es razonable que cuenten con fuentes objetivas, independientes, públicas e idóneas donde requerir esa información.

Con posterioridad a la sanción de la ley nacional 25.673, esto es, a partir de la ley 26.150 (del 4/10/2006) que estableció el Programa Nacional de Educación Sexual Integral y que vino a complementar en el aspecto formativo a las disposiciones de la ley de Salud Sexual y Procreación Responsable, el derecho a la educación sexual comenzó a ser considerado específicamente como una obligación del Estado y como un derecho concreto para todos los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, esa ley establece que “[t]odos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de esta ley, entiéndase como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos” (art. 1º, ley 26.150).

Los objetivos declarados por dicha norma son: “a) Incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas orientadas a la formación armónica, equilibrada y permanente de las personas; b) Asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral; c) Promover actitudes responsables ante la sexualidad; d) Prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular; [y] e) Procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres” (art. 3º). A su vez, cada jurisdicción debe difundir los objetivos de esta ley “en los distintos niveles del sistema educativo” y “en función de la diversidad sociocultural local y de las necesidades de los grupos etarios” (art. 8); al propio tiempo que prevé expresamente que corresponde organizar “en todos los establecimientos educativos espacios de formación para los padres o responsables que tienen derecho a estar informados”, garantizando que aquellos espacios se consoliden un ámbito para: “a) Ampliar la información sobre aspectos biológicos, fisiológicos, genéticos, psicológicos, éticos, jurídicos y pedagógicos en relación con la sexualidad de niños y adolescentes; b) Promover la comprensión y el acompañamiento en la maduración afectiva del niño, niña y adolescente ayudándolo a formar su sexualidad y preparándolo para entablar relaciones interpersonales positivas; [y] c) Vincular más estrechamente la escuela y la familia para el logro de los objetivos del programa” (art. 9º).

Por su parte, se encuentra ampliamente demostrado que el acceso a la información y al asesoramiento acerca de los métodos anticonceptivos es una herramienta eficaz para prevenir enfermedades de transmisión sexual y para educar acerca de la reproducción responsable; de allí que parece lógico sostener que cualquier persona que se encuentra en “edad fértil” ha alcanzado un grado de desarrollo psicofísico adecuado y suficiente para

recibir información, en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5° de la CDN). En especial, con respecto a los destinatarios de las campañas de difusión o a todo aquel que solicite cierta información personalizada sobre métodos anticonceptivos que, estando en edad fértil, no hayan alcanzado aún la mayoría de edad legal, es absolutamente clara la CDN en cuanto dispone que “[l]os Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a la información y material procedente de distintas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental” (art. 17).

Sin embargo, como lo señalé al comienzo, a pesar de los claros avances legislativos y los documentos internacionales que receptan la necesidad de trabajar sobre el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los niños y adolescentes, no parece, hasta el momento, que puedan ostentarse resultados verificables que indiquen un logro de los objetivos propuestos en los diversos programas emprendidos.

Las razones por las que no se verifica un avance significativo pueden aventurarse: por un lado porque, hasta la reciente sanción del Cód. Civ. y Com., el ordenamiento civil no reconocía al niño, joven o adolescente menor de 18 años una verdadera autonomía en el ejercicio de estos derechos sexuales, estableciendo, por vía de reglamentaciones o de hecho, restricciones sobre el derecho a acceder a la información y a la educación sexual en establecimientos educativos, especialmente en aquellos de enseñanza religiosa o confesional; y, por el otro lado, porque la implementación de las leyes 25.673 y 26.150, tanto en materia de prevención como en el aspecto de educación y formación, remiten a políticas de nivel local, dependiendo, en ese sentido, de decisiones de implementación y de los recursos escasos con los que cuentan las diversas jurisdicciones del país, lo que conspira contra su efectividad. Estos obstáculos merecen ser removidos, estableciéndose un cambio de paradigma en materia de educación e información sexual y reproductiva para los niños y adolescentes. Este cambio ya ha comenzado, pero no debe detenerse sino completarse hasta que se puedan verificar avances concretos en la materia.

## **V. Conclusión**

Es indiscutible que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de todos sus habitantes y, en especial, la de niños, niñas y adolescentes, para hacer efectivo el ejercicio pleno de los derechos sexuales de la población joven, que se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales, en nuestra Constitución Nacional y en

diversas leyes como la 25.673. Una parte esencial de aquella obligación consiste en suministrar a los niños y adolescentes información y educación sexual, tal como se encuentra establecido en la ley 26.150 de forma expresa.

A esta altura, y por diversos motivos que no toca ahora analizar, los niños y jóvenes han adquirido una mayor exposición y participación en temas que involucran su sexualidad, el cuidado y decisión sobre su propio cuerpo y hasta su imagen.

Frente a ello, se muestra necesaria la adopción de acciones eficaces o políticas públicas proactivas destinadas a fortalecer la educación sexual de este grupo infanto-juvenil, de manera tal de que no solo se colabore con las familias en la formación y cuidado de niños y adolescentes, sino que se promueva que en todas las escuelas de la República se brinden los contenidos apropiados a maestros, profesores, padres, alumnos y a todo aquel que —aun sin pertenecer a una institución— los requiera. A su vez, todo ello parece muy poco realizable si no se asume un compromiso serio y sostenido en el tiempo por parte de las diferentes jurisdicciones, pues las recientes ponencias que tuvieron lugar en el Congreso Nacional en oportunidad de debatirse la posibilidad de autorizar una interrupción voluntaria de un embarazo cuanto menos siembran dudas de que, sin perjuicio de los años transcurridos, hayan sido puestos en práctica en todos los rincones del país los mecanismos para facilitar que se verifique un auténtico y equilibrado acceso a la información relacionada con la educación sexual y reproductiva por parte del colectivo integrado por niños, niñas y adolescentes, facilitándose —incluso— la obtención de métodos anticonceptivos adecuados sin que se encuentren con obstáculos que puedan restringir de alguna forma los derechos que les asisten.

Claramente y de acuerdo con lo dicho, la acción estatal en materia de salud debe ser lo más amplia posible y comprensiva de la mayor cantidad de personas —menores o no— potencialmente expuestas a los riesgos que se busca evitar. Adviértase que, en definitiva y de acuerdo con los objetivos que la normativa en la materia enuncia, de lo que se trata es de proteger la vida, valor máximo de contenido constitucional.

El Estado debe cumplir con la obligación que tiene normativamente a su cargo y ello no obsta a que los padres brinden a sus hijos educación sexual de acuerdo con sus propios valores y pautas, como de hecho ocurre en materia de educación, religión, usos sociales, etc. De lo que se trata, y así lo propicia la ley 26.150, es que se verifique —no una exclusión de los padres o responsables— sino una acción coordinada entre el Estado y la familia para el logro de objetivos específicos, como los que he ya señalado en el transcurrir de este artículo.

En definitiva, se requiere una política pública coordinada entre la familia y el Estado destinada a preservar en última instancia la salud integral de todos los jóvenes; que no imponga valores, creencias, ni métodos de anti-concepción preestablecidos, sino que procure prepararlos para afrontar con responsabilidad su libre e informada elección en materia sexual; política coordinada que no pueda ser tachada de arbitraria ni de irrazonable, y cuya operatividad tampoco pueda ser objetada, desconocida ni eludida por autoridad provincial o local alguna.

En este camino debe tenerse muy presente el principio rector establecido en la CDN, que es el “mejor interés del niño”. “Este principio tradicional en los textos legislativos vigentes en nuestro país, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (19).

En cumplimiento de esta manda, ninguno de los factores que desalientan la implementación de la educación sexual a niños, niñas y adolescentes podrá influir para que el Estado evada o no cumpla con eficiencia sus obligaciones, puesto que siempre resultará más beneficioso para el interés del niño/a menor de edad que se le proporcione información, educación sexual preventiva y orientadora, sin dejar de señalar que la implementación de esta política sanitaria no desvincula ni libera a los responsables del niño de sus deberes de cuidado, de formación y de protección respecto de sus hijos menores de edad. ♦

---

(19) NAHID CUOMO, María de los Ángeles, “La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los tribunales argentinos”, en WEINBERG, Inés (dir.), *Convención sobre los derechos del niño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 79.



# LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS. SU APLICACIÓN EN LA ARGENTINA

POR CARLOS A. CALVO COSTA

Sumario: I. Palabras preliminares.- II. Introducción.- III. Acerca de las directivas anticipadas.- IV. Las directivas anticipadas en la Argentina.

## **I. Palabras preliminares**

Nos complace profundamente haber sido invitados a participar en esta obra en homenaje al profesor Dr. Santos Cifuentes. El tema que hemos elegido no es casual, ya que, desde hace décadas, ha sido él quien a través de su obra *Derechos personalísimos* —cuya primera edición data de 1974— abordaba estas cuestiones y vislumbraba la incidencia e impacto que ellas tendrían a futuro.

Más precisamente, el profesor Cifuentes ha dedicado todo un capítulo a la integridad física de la persona, analizando, entre otros: el derecho de vivir, el derecho al cuerpo, el derecho de morir, etc. Es nuestra intención en estas breves líneas que brindamos a continuación, evidenciar cómo sus pensamientos se han enraizado en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, y finalmente, en el ordenamiento jurídico argentino.

## **II. Introducción**

Desde hace ya unas décadas, nadie duda de que la información constituye en la atención médica asistencial un derecho del paciente: ya no es considerada solamente como una obligación ética del médico sino que se ha constituido en una obligación eminentemente contractual (1), suscepti-

---

(1) En el Derecho italiano, por ejemplo, algunos autores manifiestan que la concepción tradicional negaba y desconocía la existencia de este deber de informar del médico, argu-

ble de generar responsabilidad en caso de incumplimiento, ello enraizado en el principio general de la buena fe consagrado en el art. 9° del Código Civil y Comercial y, especialmente, en el art. 961, en cuanto impone a los contratantes el deber de conducirse con buena fe durante todas las etapas del contrato (2).

Ha quedado atrás, por ende, la histórica división que se había edificado hacia la década del 70 del siglo pasado, entre quienes negaban, por un lado, el derecho del paciente a opinar y decidir sobre su cuerpo, legitimando al mismo tiempo la actuación del médico de conformidad con su arbitrio científico (paternalistas) (3), y aquellos que reconocían tal prerrogativa del enfermo y rechazaban que el médico pudiera hacer valer su autoridad científica para imponer un tratamiento determinado al paciente sin su consentimiento (antipaternalistas). Sin embargo, existen aún hoy vestigios en la doctrina de la postura paternalista, ya que en algunos sectores se discute todavía si el paciente puede rehusar la aplicación de un tratamiento para recuperar la salud, cuando de no hacerlo su negativa lo llevaría a la muerte.

En nuestro país, sobre todo en la última década, se ha desarrollado un proceso de profundas transformaciones respecto del ejercicio y disposición de los derechos individuales de las personas, habiendo adquirido sideral importancia los llamados proyectos de vida de las personas, ponderándose la realización casi ilimitada de su autonomía (4).

En nuestro país, esta tendencia del respeto por las decisiones de las personas ya se ve reflejada en el ordenamiento jurídico, con una multiplicidad de disposiciones normativas que garantizan el respeto por las decisiones en las que se hallan comprometidas la disposición del propio cuerpo, la intimidad y la privacidad; en tal sentido, se destacan, entre otras normas,

---

mentando que siendo la confianza un elemento esencial del contrato, resultaba innecesario brindar información, puesto que al colocarse el paciente en manos del facultativo, este quedaba eximido de tal obligación (véase PRINCIGALLI, Anna, *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 1983, p. 189).

(2) En este sentido, CATTANEO, Giovanni, "Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957-960.

(3) Quienes estaban enrolados en esta postura argumentaban que el médico no está frente a un ser libre, ya que, ante la angustia del enfermo y su situación de inferioridad, la información no será comprendida, o bien, puede perjudicar al enfermo; en tal situación, debe suprimirse el consentimiento del enfermo, ya que el médico —cuando actúa con fin curativo— puede prescindir de él (véase GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad civil médica*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, t. 1, ps. 155 y ss.).

(4) ANDRUET (h), Armando S., "Proyecto de investigación (2014-2015) sobre 'Pedagogías médicas en torno a las directivas anticipadas'", en ANDRUET (h), Armando S., *Las directivas médicas anticipadas y su conocimiento profesional médico-jurídico*, Alveroni - Universidad Nacional de Villa María, Córdoba, 2016, p. 36.



las siguientes: art. 19, Constitución Nacional, art. 51, Código Civil y Comercial, art. 14, Constitución Nacional (libertad de cultos), identidad cultural (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional), etc. En una obra sobre la materia que hemos realizado hace unos años (5), hemos expresado nuestra postura reafirmando estos mismos principios, ya que las decisiones libres e informadas de las personas deben ser respetadas, aun cuando ellas estén orientadas al rechazo de tratamientos médicos o a su proyecto de vida, o bien a disponer directivas anticipadas sobre su salud, que pueden limitar el curso vital; ello, claro está, siempre y cuando se realice en un marco de respeto de la autonomía de la persona, en donde prime la información previa, la comprensión de la información brindada, la ausencia de coacción externa e interna, etcétera.

Sin embargo, entendemos que no resulta ser de fácil aplicación en la práctica. Ello así, puesto que la articulación armónica de los principios de respeto por la autonomía, la dignidad y el valor vida deben ser los que orienten la solución en cada caso concreto. Pero, sin embargo, no es sencilla la resolución del tema cuando alrededor del principio de autonomía del paciente en la atención médico asistencial, se involucran cuestiones relacionadas con el final de la vida, puesto que nos lleva a discutir acerca de los límites de dicho principio, lo que se evidencia aún más cuando abordamos el tema de las llamadas directivas anticipadas (6).

### III. Acerca de las directivas anticipadas

Las directivas médicas anticipadas resultan ser manifestaciones de voluntad expresas, por las cuales una persona, en pleno uso de su capacidad de obrar, puede anticipar directivas respecto de cuál sea su voluntad en orden al tratamiento de su salud en caso de enfermarse, o conferir mandato a una o más personas determinadas, para que, en caso de incapacitarse, asuman su representación en orden a similar designio (7), prestando el consentimiento informado —o negativa— en su nombre, para una determinada práctica médica.

La discusión en torno a ellas se originó hacia la década del setenta del siglo XX en los Estados Unidos de América, a través de principios que se han ido generando con motivo de la labor jurisprudencial de algunos tribunales de aquel país. Ha sido la Corte Suprema de New Jersey en 1976

---

(5) Nos referimos a CALVO COSTA, Carlos A., *Daños ocasionados por la prestación médico asistencial*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, especialmente el capítulo VI.

(6) TOBIAS, José W., “Las directivas anticipadas”, LL 2016-C-790, AR/DOC/1316/2016.

(7) SAUX, Edgardo, “Comentario al art. 60”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 312.

la primera en expedirse sobre esta cuestión, cuando en el caso “Quinlan” le reconoció al guardián de una paciente que se encontraba en estado vegetativo, el derecho a rechazar el tratamiento médico ante las particulares circunstancias en que se encontraba, a fin de posibilitar su fallecimiento, hallándose fundada la decisión en razones humanitarias. Y casi una década después, la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso “Brophy v. New England Sinai Hospital” (1986) decidió respetar la decisión del paciente, quien previamente había dejado expresada su voluntad de no ser forzado a vivir con soporte vital en un estado de inconsciencia, ni con alimentación ni hidratación artificial. Estas tendencias jurisprudenciales se trasladaron posteriormente a las legislaciones de los estados norteamericanos, que, hacia comienzos de la década del 90 del siglo pasado, en su gran mayoría, contenían normas que se referían al respeto que debía guardarse hacia las directivas anticipadas que brindaban los pacientes.

Sin embargo, no son pocos los autores que —tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional— se han expresado en pos de apreciar con suma cautela el carácter vinculante de las directivas anticipadas (8).

Ello así, puesto que el gran problema que desde siempre ha ocasionado la discusión respecto de ellas involucra cuestiones bioéticas, y ha girado en derredor si a través de las directivas anticipadas se está convalidando un “derecho a morir”, reclamado por los pacientes que han perdido la posibilidad de vivir con calidad y que ven limitadas sus aspiraciones únicamente a permanecer vivos. Esta creciente demanda de un “derecho a morir” por parte de la sociedad civil ante una medicina tecnocientífica agresiva ha llevado en varios países a legalizar las figuras del suicidio asistido (EE.UU.) y de la eutanasia voluntaria (Holanda) para el final de la vida (9). Por ende, aun cuando el médico debe perseguir y buscar el beneficio del enfermo, también posee la obligación de respetar su autonomía, pilar fundamental sobre el cual se asienta la bioética. Si bien este tema excede el marco de nuestro tratamiento, no podemos ignorar su presencia y actualidad en la mayoría de los países del mundo, inclusive en la Argentina.

En nuestro país, en los últimos años y aun antes de cualquier legislación respecto de ello, prácticamente no existían discrepancias de criterio frente al

---

(8) En el derecho italiano, véase: PROVOLO, Debora, “Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica”, en RODOTÀ, Stefano - ZATTI, Paolo (dirs.), *Trattato di Bio-diritto. Il Governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 1974, t. II, p. 1974. En la Argentina, véanse: TOBÍAS, José W., “Las directivas anticipadas”, cit.; y ANDRUET (h), Armando S., “Fisiología y algunas patologías de la ley 26.742 y su decreto reglamentario 1089/2012. Epicrisis del autonomismo médico, consentimiento informado y las directivas anticipadas”, RDPyP V-8-151 y ss., AR/DOC/2676/2013.

(9) MAINETTI, José A., *Agenda bioética*, Quiron, La Plata, 2005, p. 149.

temperamento a adoptar ante la negativa de un paciente —con serio riesgo de muerte— a recibir un tratamiento o práctica médica recomendada, o bien a brindar sus directivas médicas en forma anticipada. La gran mayoría de la doctrina sostenía que si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales (lúcido) y se opone a someterse a la actividad médica, el médico debe respetar su voluntad negativa, la cual no podrá ser sustituida de ningún modo, ni siquiera por autorización judicial (10). Y dentro de este respeto por la autonomía, también encuentran fundamento las llamadas directivas anticipadas. No obstante ello, y valga nuestra insistencia con el tema, algunos autores se han preguntado si concediéndole validez a las decisiones que rechazan tratamientos o prácticas médicas cuando está en serio riesgo la vida del paciente, no se podría estar convalidando por omisión implícita e indirectamente una conducta suicida (11), como lo hemos expuesto precedentemente.

Una calificada doctrina extranjera ha sido muy clara respecto de ello: no surgiendo de la negativa o de las directivas del paciente una conducta que configurase una forma de suicidio debe respetarse la voluntad de aquel, ya que el paciente es y debe ser “el árbitro único e irreemplazable de la situación”: su decisión es inherente a su proyecto existencial que resulta autosuficiente como para repeler cualquier injerencia de terceros en su esfera íntima (12). La autorización judicial para intervenir no puede suplir la voluntad negativa del paciente, pues el suicidio ha dejado de ser un hecho que en sí mismo acarree consecuencias de carácter penal; el hecho de no impedir la decisión del paciente de dejar avanzar la enfermedad al negarse a someterse a una intervención quirúrgica, que podría significar su muerte segura como hipótesis de suicidio, no configura un caso inculminado de complicidad (art. 83, Cód. Penal). La ayuda no puede consistir en la pura omisión constituida por el hecho de no impedir que el sujeto se mate, sino por una acción que lo facilite (13); por el contrario, es la negativa del paciente al tratamiento lo que constituye una situación justificante de la conducta omisiva del médico (cfr. art. 34, Cód. Penal). Estimamos por

---

(10) En este sentido, véanse, entre otros: HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 12; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 364 y ss.; RIVERA, Julio C., “Negativa a someterse a una transfusión sanguínea”, JA 1993-IV-568; BIDART CAMPOS, Germán, “Terapias obligatorias en oposición a las convicciones religiosas y morales del enfermo”, ED 134-296.

(11) BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 192 y ss.

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Facultad, Lima, Perú, 1992, ps. 27 y ss.

(13) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, LL 1991-B-363.

nuestra parte, sin embargo, que la voluntad del paciente no debe prevalecer cuando se advierta en su actitud una clara conducta suicida, y que en esas situaciones la justicia podría imponer en forma coactiva el tratamiento o la intervención al paciente.

Tampoco, según nuestra opinión, habría ayuda al suicidio por parte del médico en el caso de que el paciente decida suspender un tratamiento que lo mantenía con vida (v. gr., resuelve que no se le brinde más oxígeno en forma artificial). En este sentido, hacemos nuestro el pensamiento de Lorenzetti en cuanto afirma que, en el suicidio, una vida normal se extingue artificialmente por una decisión voluntaria; en cambio, en esta situación que nosotros planteamos, una vida que naturalmente se extingue es sostenida por medios artificiales. El paciente no toma la decisión de morir, sino de no sufrir (14). Consideramos, sin embargo, que únicamente puede postergarse o hacer caso omiso a la negativa del paciente a recibir un tratamiento determinado que le impediría la muerte, cuando con dicha decisión se afectaren derechos de terceros: el caso más emblemático es el de la mujer embarazada, que de negarse a la práctica médica —v. gr., transfusión sanguínea— provocaría daños en la criatura, quien es sujeto de derecho desde el mismo momento en que ha sido concebido en el seno materno. También podría llegar a afectarse a terceros en caso de que el enfermo tuviera hijos menores de edad a su cargo y que fueran alimentados por él, por lo cual —ante su fallecimiento— quedarían en situación de desamparo.

#### **IV. Las directivas anticipadas en la Argentina**

La ley 26.529 de derechos del paciente (t.o. según ley 26.742), dentro del capítulo III “Del Consentimiento Informado”, ha legislado en el art. 11 sobre las “Directivas anticipadas”, disponiendo que “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Asimismo, surge del decreto reglamentario de la citada norma que las directivas anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán

---

(14) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del Código Civil”, JA 1994-II-844.

ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de dos testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza.

Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas. Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las directivas anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Se destaca en el decreto que cuando el paciente rechace mediante directivas anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. Se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

Al igual que ocurre con el consentimiento informado en cuanto a su revocabilidad (art. 10), el paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las leyes que se reglamentan por el presente decreto. Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante. El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas, si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo, si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y estas deben, con su firma, documentar que consienten representarlo.

Por último, para su validez, se dispone que las directivas anticipadas deben ser emitidas con intervención de un escribano público para la certificación de firmas del paciente y de dos testigos o, en su caso, de la o las

personas que este autorice a representarlo en el futuro y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

También el Código Civil y Comercial de la Nación contiene normas expresas sobre las directivas anticipadas, como puede apreciarse en el art. 60: “Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Cabe destacar que la jurisprudencia argentina ya ha empezado a aplicar estos preceptos legales, el que encuentra un profundo tratamiento en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caratulado “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, del 7/7/15, al que nos referiremos seguidamente. Y ello nos lleva a preguntarnos si es necesaria la intervención judicial (y su autorización, claro está) para respetar una decisión anticipada por el paciente en los términos del art. 11 de la ley de derechos del paciente y del art. 60 del Código Civil y Comercial.

Al margen de ello, no podemos soslayar que han existido otros decisorios judiciales en nuestro país brindados por tribunales inferiores, los que merecen ser destacados:

Corresponde otorgar plena validez jurídica al instrumento de “directivas anticipadas” otorgado por la actora —en el caso, padece leucemia— pero las limitaciones de terapias consideradas invasivas por la solicitante, e incompatibles con su concepto de dignidad de la persona humana, en circunstancia alguna deben conducir a un abandono de persona, dado que siempre deber brindarse a la persona todos aquellos cuidados que permitan liberarla de sufrimientos evitables, sin incurrir en obstinación terapéutica (JCorrec. Nro. 4 Mar del Plata, 6/11/2014, “V., M. A. s/autorización judicial”, cita online: AR/JUR/90149/2014).

Las directivas anticipadas formuladas por una mujer de 84 años, expresando la elección del hogar geriátrico donde deseaba ser internada de resultar necesario, su deseo de no ser sometidas a prácticas médicas invasivas y la designación de personas para cumplir con sus voluntades, tienen plena validez dentro del sistema jurídico-constitucional, ello en virtud de su derecho inalienable de vivir y morir con dignidad, decisiones

que implican una prolongación del derecho personalísimo de señorío sobre su propio cuerpo (JCorrec. Nro. 4 Mar del Plata, "B. I. N.," 3/10/2014, causa 4033, cita online: AR/JUR/90149/2014).

A la luz de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto protege los actos autorreferentes y otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar decisiones acerca de su persona, en tanto ellas no violen derechos de terceros, debe respetarse la voluntad del paciente mayor de edad, prestada previamente por escrito, en el sentido de no querer recibir transfusiones de sangre por ser contrarias a sus creencias religiosas, para priorizar su derecho inviolable a la autodeterminación, dichas creencias y su dignidad (...) El pedido efectuado por el progenitor de una persona mayor de edad para que se autorice la realización de una transfusión de sangre ante el grave estado de salud que presenta, debe ser rechazado al haber aquella manifestado su voluntad negativa mediante la suscripción de un documento en forma previa a recibir atención médica, ya que está en juego el derecho a la libertad religiosa, derecho natural inviolable de la persona, que autoriza la posibilidad de actuar conforme a su religión o convicciones morales y debe ser respetado (J1ª instancia Civ. y Com. 19ª Nom. Córdoba, 13/5/2014, "E. M. A. s/amparo", cita online: AR/JUR/13102/2014).

La petición formulada por los hermanos y curadores de una persona que se encuentra en estado vegetativo, tendiente a que se le quiten todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida artificialmente, no requiere decisión judicial alguna, sino que debe tramitar conforme las prescripciones de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, pues una decisión contraria implicaría desvirtuar la clara intención del legislador, en cuanto a que estas situaciones no deben desbordar el ámbito íntimo del paciente y/o de su familia y el médico tratante (...) La posibilidad del paciente de tomar decisiones en el final de la vida por sí mismo o mediante sus representantes, contemplada por la ley 26.529 de Derechos del Paciente y su decreto reglamentario 1089/12, es una facultad reconocida por los derechos humanos constitucionales y convencionales en su más profunda significación, que es la de respeto a la persona en sus íntimas convicciones y plan de vida en condiciones de igualdad con sus semejantes, desde el principio hasta el final de su existencia (...) Los hermanos de una persona que se encuentra en estado vegetativo están legitimados para otorgar el consentimiento informado en representación del paciente, en los términos del derecho previsto en los arts. 2, inc. 3; 4; 5, inc. g; 6 y concordantes de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, modificada por la ley 26.745, sin que se requiera para ello intervención judicial alguna (TS Neuquén, 19/4/2013, "D. M. A. s/declaración de incapacidad", LL del 29/7/2013, p. 3, con nota de Jorge Carlos BERBERE DELGADO; LL Online: AR/JUR/9127/2013).

Las directivas anticipadas formuladas por un paciente terminal, expresando su firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implicara sufrimiento e inútil prolongación de la vida, tienen plena validez dentro del sistema jurídico-constitucional y deben ser respetadas por la institución de salud en la que se trate su dolencia, ello en virtud de las pautas dadas por la Ley 26.529 y de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Albarracini” —01/06/2012, La Ley, 08/06/2012, 4— (JCorrec. Nro. 4 Mar del Plata, 5/7/2012, “R. R. T.”; LL 2012-D -668, LLBA 2012 [noviembre], p. 1068, cita online: AR/JUR/35065/2012).

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caratulado “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, del 7/7/2015(15), que hemos mencionado anteriormente, se constituye quizás en el pronunciamiento judicial de nuestro país más importante en materia de directivas anticipadas. En dicha sentencia se ha resuelto jurídicamente una de las cuestiones más delicadas y comprometidas, como es aquella que involucra tomar una decisión que involucra la vida (o la muerte) de una persona.

En el caso, las hermanas de un paciente (M. A. D.) que, a raíz de un accidente automovilístico, permaneció en estado vegetativo sin cambios clínicos por más de 20 años solicitaron la supresión de toda medida terapéutica de soporte vital, así como también la suspensión de su hidratación y alimentación enteral. La pretensión fue rechazada por los jueces de grado y de la alzada. El Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto esa sentencia. El curador *ad litem* y el representante del Ministerio Público interpusieron recursos extraordinarios con fundamento en la arbitrariedad del fallo.

Al llegar el momento de dictar sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión apelada, con los fundamentos que pueden resumirse del siguiente modo:

La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional —art. 19 de la Carta Magna— y así lo establece la ley 26.529 en su art. 11.

- La petición efectuada por las hermanas y curadoras de un paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente por más de 20 años, para que los profesionales de la salud se abstengan de proveerle a este todo tratamiento médico, se enmarca dentro de los supuestos previstos en la

---

(15) CS, 7/7/2015, “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, LL 2015-D-110, RCyS 2015-X-63, cita online: AR/JUR/24366/2015.



ley 26.529, al ser efectuada por los familiares legitimados, sin que se haya alegado o probado en la causa elemento alguno que permita sostener que esto implique desconocer la voluntad de aquel.

- Los hermanos, conforme el art. 21 de la ley 24.193, son personas autorizadas a dar testimonio, bajo declaración jurada, de la voluntad del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital; estos hacen operativa la voluntad de aquel y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir, pero, por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a estas personas un poder incondicionado para disponer la suerte de una persona mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.

- Conforme al art. 21 de la ley 24.193, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital no actúan a partir de sus convicciones propias, sino dando testimonio de la voluntad de aquel; no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente, sino comunicando su voluntad; la decisión no puede ni debe responder a sentimientos de compasión ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente; tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es un fin en sí mismo; debe reflejarse la voluntad de quien se encuentra privado de conciencia y su modo personal de concebir para sí su personal e intransferible idea de dignidad humana, garantizando su autodeterminación.

- La petición de retiro de medidas de soporte vital —hidratación y alimentación— realizada por las hermanas de una persona que se encuentra en un estado vegetativo permanente a raíz de un accidente ocurrido hace más de 20 años, encuadra dentro de lo contemplado en los arts. 2º, inc. e), y 5º, inc. g), de la ley 26.529, pues, más allá de la especificidad de los procedimientos allí contenidos y de la expresa referencia que las normas contienen al respecto, existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que estas constituyen, en sí mismas, una forma de tratamiento médico.

- En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, no debe exigirse una autorización judicial previa para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes

parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes.

- La modificación introducida a la ley de derechos del paciente por la ley 26.742, de aplicación inmediata desde su vigencia, tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, reconociendo a estas, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos, sin autorizar prácticas eutanásicas; tales previsiones no resultan incompatibles con las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

- Es necesario que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente que se encuentre en la situación contemplada en los arts. 2°, inc. e, y 5°, inc. g, de la ley 26.529; a tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere.

Es importante destacar que, al momento de iniciarse la petición judicial, no existía norma específica alguna, habiéndose sancionado durante el transcurso del proceso la ley 26.529 de derechos del paciente, y luego su modificatoria, ley 26.742. Pese a ello, la Corte Suprema —en los considerandos 11 y 29— consiente la aplicación inmediata de dichas normas al caso, a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en tales condiciones legales. Y, posteriormente, hace referencia a la necesidad o no de judicialización de las peticiones de este tipo, expresando en el considerando 31 que: “el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas ya referidas, quede supeditado a una autorización judicial previa. Esta conclusión, basada en la lectura del texto de la norma que no formula ninguna referencia a esta cuestión, se ve corroborada al acudirse a los antecedentes parlamentarios. De ellos surge que distintos legisladores manifestaron en forma contundente que la normativa introducida pretendía evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes”, criterio similar al que también había adoptado el Máximo Tribunal en el fallo Albarracín (16).

---

(16) CS, 1/6/2012, “Albarracini, Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, LL 2012-D-127, cita online: AR/JUR/21755/2012.

En el caso de M. A. D., el actor falleció el mismo día en que se dictó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo cual la cuestión se tornó abstracta. Ello nos lleva a concluir y a dar contestación al interrogante que nos planteáramos precedentemente: el tener que acudir a un estrado judicial para solicitar una autorización para que se respete una decisión anticipada del paciente en torno a los tratamientos o prácticas médicas que acepta o no acepta a futuro, constituye un exceso ritual que no es exigido por la ley, y que, por sobre todas las cosas, conspira contra el espíritu de las normas hoy consagradas en el ordenamiento jurídico nacional. Ello así, puesto que dicha “exigencia que la ley no exige” (valga el juego dialéctico) puede resultar ser un agravante de la ya situación crítica de las personas, que requieren un respeto a su voluntad anticipada (17) siempre y cuando ella haya sido brindada con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Basta, para finalizar, transcribir la parte pertinente del considerando 25 del fallo, que denota claramente la finalidad del instituto: “ (...) Por tratarse M. A. D. de una persona humana que posee derechos fundamentales garantizados por normas de superior jerarquía, lo que este pronunciamiento procura es garantizar el máximo respeto a su autonomía y asegurar que esta sea respetada, en los términos dispuestos por la ley, en una situación en la que él no puede manifestar por sí mismo su voluntad a causa del estado en que se encuentra. Es decir, no se trata de valorar si la vida de M. A. D., tal como hoy transcurre, merece ser vivida pues ese es un juicio que, de acuerdo con el sistema de valores y principios consagrado en nuestra Constitución Nacional, a ningún poder del Estado, institución o particular corresponde realizar. Como esta Corte ha señalado ‘en un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo’”. Bregamos, desde estas breves líneas, para que este sea el temperamento que se adopte también en los futuros casos que involucren estas cuestiones. ◆

---

(17) En este mismo sentido: ABAD, Damián E., “La innecesaria judicialización de las directivas de voluntad anticipadas”, en ANDRUET (h), Armando S., *Las directivas médicas anticipadas y su conocimiento profesional médico-jurídico*, cit., p. 126.



# DERECHO A LA INTIMIDAD

POR JUAN CARLOS HARIRI

Sumario: I. Introducción.- II. La intimidad.-  
III. Conclusión.

## **I. Introducción**

El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales se ha impuesto la tarea de rendir homenaje al doctor Santos Cifuentes, quien lo presidió y se destacó en su amplia tarea jurídica como juez, profesor, académico, tratadista y abogado.

Sus condiciones personales sobresalieron y lo llevaron a extenderse al mundo del derecho, trascendiendo en las sentencias que dictó y en la abundante bibliografía de la cual fue autor.

Sin duda el conjunto de esas calidades humanas tan extraordinarias fueron las que motivaron el tratamiento de “los derechos personalísimos”, los cuales no pueden serles sustraídos a las personas.

Precisamente fue su obra que se difundió en 1974 la que trató el tema, analizando cada uno de los derechos de la personalidad, tal como lo destacó el doctor Guillermo A. Borda en el prólogo del libro, señalando también que se tienen por derecho natural, los cuales fueron estudiados apasionadamente y llenos de solidez.

Por ello elegimos referirnos brevemente al derecho a la intimidad, con el fin de recordar en su labor y sentido homenaje al doctor Santos Cifuentes.

## **II. La intimidad**

Nos encontramos ante un derecho natural cuya existencia se encuentra en la propia persona y nace junto a ella, pues no concebimos su ausencia. De allí el respeto que ofrece y la protección que debe otorgársele.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 12, dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En igual sentido, pero más estricto, se pronunció en 1950 el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, el cual, en su artículo 8.1, dispuso: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconoció este derecho para todo el medio internacional.

Las personas son íntimas desde que no hay dos iguales, y lo íntimo se encuentra en aquello que no quiere que trascienda, más allá de los límites que imponga a la situación de privacidad que desee otorgarle, la cual deberá ser respetada y al mismo tiempo defendida por su titular, lo que resulta, en esta época, sumamente dificultoso.

La vida del hombre transcurre dentro de una sociedad que cuenta con avances tecnológicos, como la difusión de la informática, sistematizada en “Internet”, que influyó ampliamente en el mundo de las relaciones donde las distancias se acortaron de manera que trascienden las fronteras.

Su implementación es buena, pero su regulación legal irá siempre detrás de ella, ordenándose con criterio amplio sin invadir la intimidad. La realidad nos muestra que se ve claramente quebrantada, máxime cuando los medios técnicos que se disponen avanzan sin tener en mira este derecho o, en el mejor de los casos, reduciéndolo notoriamente.

Por tanto, es necesario disponer al máximo su respeto y protección, más allá de que se encuentre una buena regulación legal que lo proteja.

Adviértase que los medios técnicos nacen con anterioridad a la protección legal que quiera otorgarse, pues recién con posterioridad a su aplicación se los regula legalmente.

Sin embargo, creemos necesario tener presente en esta época la norma del artículo 1725 del Código Civil y Comercial: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y *la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la

facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

Esta norma demuestra a las claras la conducta que deben observar las personas para lograr el mantenimiento de sus derechos.

Téngase en cuenta cómo el avance de la tecnología produjo notables cambios en la manera de relacionarse las personas a través de las comunicaciones en sus distintas formas, hasta podríamos señalar que se ha creado también un lenguaje que deformó la escritura tal como la concebimos.

En fin, todo ello y muchos elementos más fueron invadiendo la intimidad, debiendo exigírsele a las personas un obrar prudente y diligente para preservar este derecho.

No estamos en contra de los avances tecnológicos y su difusión, pero ello ha hecho, a nuestro juicio, que las personas obren con más cuidado para no ver invadida su privacidad y de ese modo realizar la prevención de los daños que puedan ocurrir.

Algunos medios mal empleados atacan este derecho y los ordenamientos jurídicos no pueden dar respuesta completa para reparar los daños que causan.

Así, Internet es un medio de difusión informático que no reconoce márgenes, pero es también el más difundido en esta época para vincularse y comunicarse en forma inmediata, al cual acceden prácticamente todas las personas en sus diferentes modalidades, lo que trae aparejado la posibilidad de invadir la privacidad original.

Y de allí en más esa reserva puede verse, y de hecho ocurre, cuando pasa a transmitirse en forma interactiva afectando la intimidad de quien solo tuvo la intención de comunicarlo al destinatario.

### *II.1. La intimidad, su violación*

Este derecho natural con que cuentan todas las personas está reflejado precisamente en no tolerar intromisiones ni difusiones de particularidades que no son propias.

En una palabra, los terceros no deben alcanzar su conocimiento, pues es el deseo personal que así ocurra y como tal, tiene derecho a que su propuesta sea respetada.

Naturalmente, estamos refiriéndonos a situaciones íntimas propias de la vida privada, con el fin de no molestarla, tal como fue dispuesto en el

segundo principio romano *alterum non ladere* (Ulpiano), defendido por nuestros tribunales.

“El derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y que está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (1).

Como señalamos, este derecho tan trascendental para las personas es permanentemente atacado a través de las nuevas tecnologías que lo invaden.

Los terceros no deben interferir en la vida íntima, pues si así lo hicieren invadirían los aspectos más caros de la persona, los cuales están reservados a ella y no existe derecho que permita lo contrario, y si ello ocurre deberá sancionarse el entrometimiento provocado.

La intimidad es un bien que debe ser respetado, pues dentro de ella reposa la paz de espíritu y de la persona humana, y es ella, en primer término, quien debe protegerla impidiendo que le sea invadida respetando de este modo la personalidad y la ley debe castigar a quien lo invada.

Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 2312 de su Código Civil, dijo: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando, pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito ...”

El respeto a la intimidad, como señaló el doctor Cifuentes (2), era un sentir mundial hace ya años así, como señalamos, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre lo proclamó en 1948 como ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, para mantenerlo y brindar su máxima protección.

De tal modo que nuestro derecho y la ley la protegen castigando a quien la viola (3), pues la persona dejaría de ser tal.

## II.2. *El honor. Su protección*

Dentro de la intimidad está el honor que nos acompaña toda la vida y que no debe ser desconocido, pues toda persona sin importar su condición intelectual o social nace con él y debe cuidarlo, pertenece a su espíritu. Esta

---

(1) CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Lerner Córdoba, 1974, p. 339.

(2) CIFUENTES, Santos, “El derecho a la intimidad”, ED 57-831.

(3) CNCiv., 16/12/2015, “Di Nucci” Luis Ángel c. Google inc. s/daños y perjuicios”, expte. 74808/2010, entre otros.



protección se encuentra en un plano superior a la ley misma y el derecho debe brindar su resguardo.

La legislación que protege el derecho al honor es absolutamente incompleta y "... carece de un principio general" (4).

El Código Civil y Comercial en el artículo 52 recibió con amplio criterio la protección, tanto a la intimidad como al honor, situación que el Código Civil de Vélez Sarsfield no lo hizo con las características que ahora se contemplan: "... La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".

Debemos destacar que esta norma reconoce como antecedente el artículo 105 del Proyecto de Código Civil de 1998.

Se protege en forma amplia la dignidad y la honra castigando a quien los afecte y habilita también a reclamar la prevención y peticionar judicialmente las medidas necesarias para que cese la agresión antijurídica (5).

El artículo 1737 del Código Civil y Comercial dispone: "Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".

El ordenamiento legal señalado comprende la reparación del daño sufrido por la persona en su intimidad y en su honra, y a continuación el artículo 1738 indica todo lo que debe comprender la indemnización por la lesión ocasionada, sea patrimonial o extrapatrimonial.

Pero el artículo 1770 del Código Civil y Comercial siguió lo dispuesto por el artículo 1071 bis del Código Civil, incorporado por el artículo 1° de la ley 21.173, disponiendo: "Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el Juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse

---

(4) CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, cit., p. 280, nro. 19.

(5) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 205; HOOFT, Irene, *Derechos y actos personalísimos*, La Ley, Buenos Aires.

la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

Advertimos, una vez más, la preocupación de los legisladores del Código en proteger el derecho personalísimo de la intimidad y el honor, cuya raíz encuentra su fuente en el artículo 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados...”

Y así se ha reconocido: “El derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta constitucionalmente en el artículo 19 de la ley Suprema. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad”(6).

Resulta evidente que la Constitución Nacional ha querido proteger estos derechos, en igual sentido entendemos al artículo 18.

Estamos frente a un derecho natural que la legislación no debe pasar por alto, pues constituye la manera con que una persona desea guardar sus sentimientos, tanto de su propia vida como de la familiar o de amistad, o bien los deseos que así quiera conservar, pues allí está su honor.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporado por el artículo 75, inc. 2º, de la Constitución Nacional previó: “... Nadie puede ser objeto de injurias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques a su honra o reputación” (artículo 11).

Debemos recordar la nota al artículo 1083 del Código Civil de Vélez Sarsfield donde indicó: “Los jueces no podrán por lo tanto ordenar una reparación del honor, una retracción por ejemplo”.

Giorgi (7) expresa, con absoluta claridad: “Nadie duda que a quien se le ha robado un asno debe ser resarcido del daño. Al que se le robó el honor, la tranquilidad, la libertad ¿no se le debe nada?”

---

(6) CS, 11/12/1984, “Ponzeti de Balbín, Indalia c. ed. Atlántica SA”, LL 1985-B-114 y ss., con nota de Julio César RIVERA.

(7) GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones*, Madrid, 1911, vol. 5, p. 251.

También el artículo 6° del Pacto de San José de Costa Rica dispone que nadie puede ser objeto de ataques ilegales en su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (artículo 11).

### *II.3. Las personas jurídicas*

Sin perjuicio de todo lo que referimos de la persona humana en cuanto al derecho natural que poseen con relación a su intimidad, advertimos que las personas jurídicas, que son una institución y como tal carecen de sentimientos y de particularidades propias, también tienen su intimidad, la cual debe valorarse desde un ángulo distinto, pues no tienen humanidad.

Empero, ello no obsta, desde nuestro criterio, a que se les reconozca este derecho que lo deberán disponer los miembros que la componen para proteger su privacidad o situaciones que no deseen que se difundan o se conozcan.

Muchas veces a los contratos que celebran les imponen el deber de confidencialidad, precisamente para que no se difundan sus cláusulas, pues las consideran íntimas, y ello debe ser protegido.

Se mueven dentro de un espacio donde desenvuelven toda su actividad para la cual fue creada, de modo que no advertimos impedimentos para proteger su privacidad, aunque carecen de espiritualidad.

Este derecho no debe ser ilimitado, debiendo tener en cuenta para ello las distintas situaciones que se presentan entre las personas y también las funciones que deba cumplir el Estado.

Este criterio no fue sostenido en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde se concluyó que "... sólo las personas de existencia visible son titulares del derecho a la intimidad, no así las personas jurídicas".

El artículo 156 del Código Penal sanciona a quien "... teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa".

Esta norma del derecho público también podrá ser invocada por las personas jurídicas si se encontraren afectadas en su intimidad, la cual puede ocurrir cuando le fueren violados sus secretos.

Sabemos que este criterio que sostenemos no es compartido mayoritariamente por nuestra doctrina, pero ciertamente creemos que, si lo íntimo es aquello que el otro no debe conocer, no advertimos la razón para que ello pueda ser invocado por esta clase de personas, que cuentan con atributos propios.

Se ha dicho que “El derecho a la intimidad consiste en la libertad de no comunicar ni admitir intromisiones en los aspectos de nuestra vida no destinados a ser conocidos o interferidos por terceros...”(8). Entendemos que este principio bien puede aplicarse a las personas jurídicas.

No creo que esta postura esté en contra del primer trabajo sobre el tema, *The Right To Privacy*, de 1890, sostenido por Samuel Warren y Lous Brandeis, pues nos parece poco prudente que las personas jurídicas no puedan invocar y proteger tanto su intimidad, su honor y sus secretos, máxime si tenemos presente la época que vivimos en la que la tecnología avanza rápidamente y por ende, las mutaciones sociales.

Desde ya, estos casos deben analizarse y juzgarse con suma prudencia, tal como lo hizo el Superior Tribunal de Justicia del Reino de España (STC 183/1995, sala primera del 11 de diciembre de 1995, STC 139/1995, sala primera del 26 de septiembre de 1995, entre otros).

Allí se sostuvo que las personas jurídicas (Lexury SA) pueden ser titulares del derecho al honor, que dispone el artículo 18 de la Constitución Española: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

En igual sentido se pronunció la sentencia 139/1995 del 26 de septiembre de 1995 de ese tribunal: “Resulta evidente, pues, que a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos, tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

El Máximo Tribunal español reconoce, en definitiva, que este derecho puede ser invocado por esta clase de personas.

También el Tribunal Constitucional de Perú reconoció este derecho a las personas jurídicas (sentencia en el expte. 00009-2014-P.I./T.C.), resolviendo que el secreto bancario y la reserva tributaria de ellas son una manifestación del derecho a la intimidad, pues no deben ser perturbadas.

---

(8) Voto del doctor Carranza Casares en autos “González Filgueira, María Amanda c. Massone Maximiliano Andrés y otros s/daños y perjuicios”, expte. 2723/2009, sentencia del 28 de marzo de 2016, sala G de la Excma. Cámara Civil.

Desde otro ángulo, no podemos dejar de lado los alcances de la ley 27.401, publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2017, donde se establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, las cuales pasan a ser penalmente responsables si se vieran incurso en los delitos previstos en el artículo 1°.

Las penas están indicadas en los seis incisos del artículo 7°.

Ciertamente, estamos frente a una regulación que no reconocía antecedentes desde el punto de vista del derecho penal punitivo.

Así las cosas y el tratamiento que ahora tienen, no vemos inconvenientes para que se sancione a quienes violen su intimidad y también sus secretos, en tanto ello pueda probarse en forma completa.

La divulgación de secretos que tenga una persona jurídica naturalmente la afectará, y por tanto podrá provocar un daño que deberá serle reparado. Evidentemente, este será más reducido que aquel que le corresponde a la persona humana, pues la notoriedad de aquella es mayor.

En suma, sabemos que esta posición no será recibida mayoritariamente, pues se trata, en principio, de un derecho que fue concebido para la persona humana, pero creemos que no obstante ello, puede reconocérselo a las personas jurídicas toda vez que cuentan con atributos que permiten valorar su intimidad y así fue reconocido por otros Estados.

#### *II.4. Libertad de expresión*

La libertad que deriva de los derechos personalísimos trae obligaciones para quien la ejerza, debiendo respetar también el orden público, la moral y no ser contrario a nuestras costumbres que se proyectan sobre todo el sistema jurídico.

La libertad de expresión que no proteja el derecho de otras personas no sería más que el reconocimiento de una sociedad que carece de legalidad y por tanto, debe respetar la reputación de los demás (artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica), y la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública.

La libre expresión de las personas nace de su intimidad con fundamentos en sus pensamientos, pero deben abstenerse de ofender y evitar violar la privacidad de los otros, obrando con cuidado y previsión.

Estamos frente a un derecho que tienen las personas cuya protección se encuentra en todos los Estados que cuenten con un régimen democrático, así fue sostenido por la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, emanado de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

No podemos olvidar en este tema lo sentenciado por la Corte Suprema en autos “Campillay Julio c. La Razón y otros”, el 15 de mayo de 1986 (9), donde se responsabilizó por los daños ocasionados al editor de un periódico que publicó noticias plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, contrariando de ese modo el concepto de la libre expresión que no debe ofender a los demás.

Los comentarios que deriven de la libre expresión no pueden ser irónicos, pues ello sería violatorio de la intimidad, y el remedio está en las sanciones civiles que deberán castigar a quienes las vulneren, pues hieren a las personas y las perturban.

La ley 26.032 estableció en su artículo 1: “La búsqueda, recepción y difusión de información de ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libre expresión”.

Empero, puede ocurrir que la libre expresión se oponga al derecho a la intimidad o al honor cuando son atacados, y ello puede suceder a través de cualquier medio, cuando se perjudican los intereses esenciales de las personas.

De tal modo, podemos afirmar que esta libertad constitucional no debe causar perjuicios a la privacidad de las personas.

### **III. Conclusión**

Tratamos brevemente el derecho a la intimidad, que es la parte reservada de las personas que no puede identificarse con los demás derechos personalísimos de la integridad espiritual como el honor, la identidad y la imagen o los datos personales (10).

Valga esta nota para recordar al doctor Santos Cifuentes en su fructífera labor jurídica que permanece a través del tiempo y sobre todos aquellos que tuvimos la oportunidad de tratarlo. ♦

---

(9) En LL 1986-C-406 y ss., con nota de los Dres. Atilio A. ALTERINI y Anibal FILIPPINI.

(10) CIFUENTES, Santos, nota a fallo: “Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual”; LL 1985-B-123.

# ACUSACIÓN CALUMNIOSA Y AFRENTA AL HONOR

POR MARIANO GAGLIARDO

Sumario: I. Preliminar.- II. Derechos de la personalidad.- III. Protección jurídica del honor: planteo del tema.- IV. Formulación genérica de la protección del derecho al honor: evolución.- V. La acusación calumniosa en el Código Civil y Comercial.- VI. Recaudos sustanciales de procedencia del instituto.- VII. Final.

## **I. Preliminar**

El derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana —en particular el honor—, autonomía y libertad individuales, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.).

Desde luego que el fin último del derecho consiste en satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y de los demás valores jurídicos implicados por esta, tales como el reconocimiento y garantía de la dignidad personal del individuo humano, de su autonomía, de sus libertades básicas, de la promoción del bienestar general o bien común.

El orden que el derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes, el orden de las mutuas vinculaciones entre los varios sujetos, el orden en el que se enlazan y condicionan recíprocamente de un modo objetivo las conductas de varias personas: entre ellas se destacan y sobresalen el honor y la dignidad del ser humano.

El hombre es algo real, que tiene naturaleza y participa de las leyes naturales de la realidad; pero, al mismo tiempo, es diverso de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión o contacto con el reino de los valores, está en comunicación con los valores.

El ser del hombre consiste en un no descansar, en un constante tener que tomar decisiones. El deber ser ideal, procedente del mundo del valor, penetra en el sujeto humano, lo atraviesa y sale de él en forma de acción real, y al atravesar de ese modo al sujeto, le concede una dignidad especial, dignidad que no es solo un acento de valor, sino que constituye algo nuevo, a saber, la persona esencialmente dotada de dignidad.

## **II. Derechos de la personalidad**

Los derechos de la personalidad son todos ellos valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona, cuya unidad, como ser ético físico, no tolera en ninguna medida el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos, ya que son parte inescindible de su existencia misma.

Cabe señalar que, en un orden jerárquico de los derechos, el valor vida está antes que los otros valores que emanan del hombre como ser moral, porque suprimida la vida no cuentan, pero aunque la existencia física no experimente ningún ataque, el desmedro de los otros bienes significará la privación de su goce, frustrándose así un interés legítimo que el ordenamiento jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre.

Seguimos la noción de Cifuentes (1) acerca de los derechos personalísimos al decir que son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.

El derecho al honor —al que dedicaremos el presente— es, entre otros, un atributo esencial de la persona, inseparable de su condición humana, y cuyo desconocimiento implicaría aniquilar su existencia física y moral como individuo y como ser social.

## **III. Protección jurídica del honor: planteo del tema**

Nos hemos referido a la dignidad del ser humano y su consiguiente derecho a la honra, figuras difíciles de definir, más cuya precisión y lesión

---

(1) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.



surgen de hechos concretos por resultar derechos fundamentales con sustento constitucional.

Las dificultades para precisar socialmente el concepto del honor se trasladan al ámbito jurídico. En la medida en que el concepto social carezca de esa precisión, tampoco lo podrá tener el concepto jurídico en la medida en que el derecho positivo, para disfrutar de legitimidad, debe ser fiel reflejo de la idea social dominante; si no es así, la norma jurídica, ya sea por las vías legales o por el comportamiento social, carecerá de operatividad.

Cabe sin embargo destacar que el derecho al honor es la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos, el debido respeto hacia uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana.

El menoscabo a la honra de una persona afecta su intimidad, lesiona la autoestima, lo degrada como ser humano y vulnera su personalidad.

El ser humano no es un “juguete” del prójimo, y la falta de respeto no siempre suele ser compensable. Las palabras sin límites suelen ofender sin retorno, y el daño psíquico de la persona se resiente causándole un daño irreparable.

Como bien espiritual, el ser humano ubica su honra como un valor inapreciable, más aún cuando es el resultado de una límpida trayectoria, con antecedentes que lo hacen sobresalir y destacar en el común de las gentes. Pero, aun cuando no existieren en la persona estas notas de excelencia, la dignidad no puede ser mancillada o ultrajada.

La tutela jurídica de la honra debe ser todo lo amplia posible y ejemplificadora para que el convivir en sociedad resulte armonioso.

Es que la personalidad de todo individuo supone reputación y la fama no es un factor menor, y el esfuerzo para afianzarla ante sus semejantes está condicionado a la opinión y parecer ajeno, siendo el reverso la estima personal.

Por su parte, el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a que se respete su honor y que no puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación. La reputación sería la buena fama o prestigio social del individuo.

Argumenta Cifuentes (2) que en la protección del honor queda corta la ley represiva, y eso es fácil captarlo en la realidad que se está viviendo. Cuántos

---

(2) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 455.

abusos —dice—, sorprendivos avances, quedan impunes y, lo que es más grave aún, qué ausencia de protesta por inmadurez o por impotencia sentida. He ahí la necesidad —agrega— de que la rama civil del derecho asuma un rol preponderante extendiendo la tutela a todas las contingencias, con una clara orientación de amparo a la persona y a sus más sensibles y estimadas modalidades: ello se logra no solo sentando un principio general normativo que haga profesión de fe en el resguardo de un verdadero derecho, como ahora surge de la Constitución, sino estableciendo al tiempo los medios de tal protección y las sanciones correspondientes.

Las dificultades que conlleva el significado del derecho al honor determinan que, en la práctica, su configuración la realicen los magistrados judiciales. En algunas oportunidades, sobre la base de la valoración personal que le merezca el concepto y, en otras, prescindiendo del mismo y procurando reflejar la idea que impera en la sociedad (3).

#### **IV. Formulación genérica de la protección del derecho al honor: evolución**

Estas figuras: calumnias, injurias y acusación calumniosa, están teñidas de ilicitud en cuanto configuran una transgresión al orden jurídico (4). En otros términos y sentido propio, la ilicitud, llamada también en doctrina “antijuridicidad” e “injusto”, es el carácter que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo considerado en su totalidad (5).

Las primeras, sin perjuicio de la recepción que tuvieran en el Código de Vélez —art. 1089—, están contempladas en el Código Penal, arts. 110 y 109.

Mientras que a su turno el art. 1090 del abrogado Código Civil trata “el delito de acusación calumniosa”. Debe señalarse que este instituto, dentro del Código Penal de 1921, no constituía una figura delictual específica, sino solo una de las formas en que podía cometerse la “calumnia”, tipo que ulteriormente fue alterado (6).

El art. 1089 cit. dispone: “si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización

---

(3) BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, t. 2, ps. 2 y 831.

(4) ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud*, Lerner, Córdoba, 1974, p. 17.

(5) ORGAZ, Alfredo, “El acto ilícito”, LL 140-1100.

(6) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 802.

pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño o cesación de ganancia apreciable en dinero siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación” (7).

No obstante, la amplitud del entonces dispositivo “delito... de cualquier especie” anticipaba que se extendía a la esfera civil y penal, abarcando delitos y cuasidelitos, reafirmado ello por el superado art. 1109 (hoy, entre otros 850; 852; 1040; 1042; 1376; 1749; 1751; 1785; 1786; 1788), dispositivo que calificaba Machado como una de las reglas más preciosas heredadas del derecho romano y que subsistirá mientras la justicia sea uno de los ideales de la humanidad.

De la norma transcripta merecen destacarse dos notas: abarca el daño material y moral; en segundo término, el precepto ponía como condición de la existencia del derecho a obtener reparación del daño, que el delincuente no probare la veracidad de la imputación, y no formula —como se anticipó— distinción según el delito de que se trate.

La prueba de la verdad de la imputación exime de responsabilidad civil y penal solo en caso de calumnia, pues esta es falsa imputación de un delito; con relación a la injuria, la exención de responsabilidad es en los casos legalmente previstos (8).

Respecto de las normas penales, encuentran sustento en la protección del honor del sujeto y difieren por elementos que el derecho penal ha precisado cuidadosamente; separación que se aprecia con claridad en la injuria como delito típico, pues menciona a quien causare agresión a la honra —dice deshonorar— o al crédito (expresa desacreditare) (9).

El art. 1090 Código de Vélez contempla la denuncia calumniosa “Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este capítulo”.

---

(7) Cfr. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps. 460 y ss., apart. 93 y ss., respecto de la doctrina de este precepto.

(8) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 357, apart. 848/9.

(9) BOFFI BOGGERO, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1981, vol. 5, p. 508.

Comentando este precepto, Lafaille (10) observa que el legislador circunscribió demasiado el derecho a la víctima con olvido del aspecto moral de la indemnización, si se afectan intereses o sentimientos que no son tan solo de índole pecuniaria: las reglas positivas de nuestra época —actual— mejoran el criterio que también adoptaran Bibiloni y la Reforma. Y también censura la última parte, pues considera todos los preceptos del capítulo.

En cuanto a la esencia de la figura que preveía el Código de Vélez, resultaba una ilicitud específica —delito civil— que no excluye la ilicitud genérica del hecho culposo (11).

La mayoría de los autores que se han ocupado de la materia consideran que basta, a los efectos de hacer nacer la acción de daños y perjuicios, que el autor de la denuncia o querrela haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación (12), y cuando Llambías (13) alude al factor conocimiento de la falsedad por el acusador que, en la especie actúa con dolo, la ausencia de esa intención determina que la acusación no resulte calumniosa pero puede ser culposa y comprometer, en cuanto cuasidelito civil, la responsabilidad del acusador.

## V. La acusación calumniosa en el Código Civil y Comercial

El art. 1771 del actual ordenamiento unificado —sección 9ª, capítulo 1, título V— contempla la acusación calumniosa, al decir: “En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado”.

El precepto modifica la textura del art. 1090 del Código Civil, deroga el art. 1089 y en el dispositivo que precede al actual se trata y desarrolla un esencial derecho personalísimo que es la “Protección de la vida privada”.

La figura, al decir de Cifuentes (14), integra uno de los derechos personalísimos, y bajo tal nominación resulta más clara, indicativa y menos ambigua. Es acaso —dice— tanto o más expresiva, única y original. Se

---

(10) BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge A., *Tratado de obligaciones, Derecho civil*, 2ª ed. actual., La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2009, t. II, apart. 1265.

(11) Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge M., “Daño por acusación calumniosa”, LL 1994-E-37.

(12) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actual. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, apart. 1354.

(13) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho Civil, Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 142, apart. 2390 b.

(14) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 197.

capta con rapidez singular la noción del instituto, su factor de atribución y carga probatoria.

No se trata de una delincuencia específica —dentro de los delitos contra el honor— sino uno de los modos como puede cometerse la calumnia prevista en el art. 109 del Código Penal (15).

En la calumnia, la mayor gravedad está configurada por la imputación de una figura penal dolosa: consiste en atribuir falsamente un delito doloso o una conducta criminal dolosa aunque sea indeterminada (16). Esta imputación de falsedad de un delito se comete fuera de un juicio —interpretación del art. 1089 abrogado— al amparo del anonimato, mientras que la calumnia —figura en cuestión— supone el obrar del damnificado por denuncia o querrela (17).

Tanto el art. 1771, Cód. cit., la acusación calumniosa o falsa imputación de un delito concreto para que motive una acción pública requiere de un factor de atribución específico (18), y así se considera cuando está fundada en un conjunto de motivaciones que significan un deshonor o desacreditar a la víctima en aras de una finalidad dolosa. La malicia o temeridad de la acusación son calificativos determinantes (19).

Cabe, sin embargo, la posibilidad de que por cualquier motivo el hecho imputado en la acusación o denuncia no resulte calumnioso, a pesar de su falsedad, pero sí difamatorio dañando al injuriado quien deberá reparar por el ilícito cometido (20).

La inexistencia de calumnia no es reprobada por la ley que no es lo mismo que la falsa imputación de un delito.

## VI. Recaudos sustanciales de procedencia del instituto

A las exigencias que la doctrina tradicional requería para la figura en cuestión, la nueva disposición, al reformar el texto, introduce ciertos aspectos que complementan a lo tradicional.

---

(15) AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, TEA, Tomo III, p. 111.

(16) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992, t. III, p. 212.

(17) SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, vol. IV, p. 118, apart. 2769.

(18) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, vol. 4, p. 367, comentando el art. 1090 del Código de Vélez señalaban que la norma legislaba el delito de acusación calumniosa.

(19) ALTERINI Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII p. 403; CAMMAROTA, Antonio, *Responsabilidad extracontractual*, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 173, 2º.

(20) AGUIAR, ob. cit., p. 113.

A) Denuncia o querrela, si bien alguna doctrina elimina ambos elementos y los sintetiza en *notitia criminis* con adecuada idoneidad para la operatividad de la acción (21) cualquiera que fuere el medio procesal elegido.

B) Interposición falsa ante autoridad competente. Puede ser la autoridad judicial o la comisaría, si es que esta acepta la propuesta; cabe que se efectúe en sede administrativa, si se logra un ulterior procesamiento (22), mas, si no llegaren a sede judicial, cabría ponderarla como calumnia o injuria si el hecho no fuere delito, o bien accionar según la doctrina del abrogado art. 1109, Código Vélez. En un destacado estudio, Leonardo Colombo (23), a propósito del tema, señala que la responsabilidad derivaría de la culpa *stricto sensu* y no de la intención calumniosa, de la falta de diligencia y cuidado al deudor la acusación y no del ánimo directo de producir el daño. Se trataría —dice—, por consiguiente, de la existencia de un cuasidelito típico encuadrado dentro del amplio contenido del Código Civil —abrogado art. 1109— y sabia norma contenido de la culpa.

La falsedad de la denuncia requiere el sobreseimiento o la absolución del denunciado, elemento esencial del derecho a ser reparado (24).

C) Delito de acción pública (25), lo que excluye la denuncia de un delito de instancia privada que puede ser causa de otro planteo judicial.

Es irrelevante que la acción penal esté prescripta (26).

D) No se requiere la calificación previa de un proceso penal que por lo demás no está tipificada penalmente.

E) Persona determinada a quien se sabe inocente y se actúa falsamente.

F) Recaudo subjetivo de atribución, señalándose que la simple existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado es insuficiente para que este pueda reclamar resarcimiento (27).

---

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, A.C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, tomo 5, p. 255.

(22) LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho Civil, Obligaciones*, cit., nro. 270, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit. p. 256.

(23) COLOMBO, Leonardo, "Responsabilidad civil derivada de querrela o denuncia calumniosa", LL 58-984.

(24) LOUSTAUNAU, Roberto, "El delito civil de acusación calumniosa", RDPyC 2006-2-205 y ss.

(25) LL 110-183; 1963-I-445.

(26) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ..., cit., p. 256.

(27) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ..., cit., p. 256, esp. nota 24.

Este factor de imputabilidad, tal la ley, comprende la culpa grave y el dolo, ambas figuras conceptualmente disímiles.

Al contrario de Vélez que desechó la gradación de la culpa, el Código toma pautas modernas de otros regímenes, ley de sociedades comerciales 19.550 culpa grave; ley de seguros 17.418, art. 114 y ley de concursos y quiebras, 24.522, art. 99, e incorpora este instituto.

Culpa grave significaría que el imputado con ligereza e imprudencia carecía de razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

Mientras que en el dolo el denunciante o acusador, a sabiendas, debe saber que la imputación es falaz y el acusado es inocente.

G) Relación de causalidad entre la denuncia y el daño. Este recaudo no deja de ser controvertido, por la contingencia de la intervención de terceros en el proceso. De allí que lo apropiado resulte sostener la teoría de la relación de causalidad adecuada sumado a las circunstancias de la causa (28).

H) El *onus probandi* está formulado como un hecho negativo: el accionado civilmente queda exento de responsabilidad reparadora si acredita que tenía motivo justificado para suponer que el acusado estaba implicado en el delito denunciado.

## VII. Final

El Código unificado simplificó los contenidos de los arts. 1089 y 1090 en una figura más dinámica a la que le resultan aplicables, en general, lineamientos doctrinarios de los institutos abrogados y, no obstante los comentarios efectuados, subsiste el distingo esencial en cuanto a que la acusación calumniosa tiene lugar cuando la imputación es judicial y la simple calumnia, en cambio, se comete extrajudicialmente. ♦

---

(28) PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente", JA 1979-III-693.





# LA PERSONALIDAD PRETÉRITA (NO ES LO MISMO ESTAR MUERTO QUE NO HABER VIVIDO)

POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

Sumario: I. Introducción a este ensayo.- II. Los derechos personalísimos.- III. El objeto de este ensayo.- IV. La personalidad y la persona.- V. El respeto a la personalidad pretérita.- VI. El enfoque clásico. No hay derecho sin sujeto.- VII. Las normas derogadas. Los contratos extintos.- VIII. La ley española LO 1/1982.- IX. Algunas aplicaciones jurisprudenciales de la LO 1/1982.- X. La personalidad pretérita no se aplica a todos los derechos personalísimos.- XI. La personalidad pretérita y la legitimación para tutelarla.- XII. Duración de la tutela a la personalidad pretérita.- XIII. Acciones posibles.- XIV. Una conclusión para considerar.- XV. *L'esprit des escaliers* (una segunda oportunidad).

## I. Introducción a este ensayo

El título de estas líneas, “la personalidad pretérita”, ya ha generado en el mundo del derecho debates profundos en la doctrina, valiosa jurisprudencia y legislación específica. De tal suerte, el ámbito que pretendo abarcar en este ensayo no es más que introductorio a un tema que no es tan pacífico como difundido.

A falta de una norma específica, el enfoque en derecho argentino se circunscribe a analizar si la premisa que enunciaré es compatible con la legislación argentina vigente, o si puede ser recibida *de lege ferenda*.

## II. Los derechos personalísimos

Mencionar el tema es referir a Santos Cifuentes. De él tomaré la definición, caracteres y enumeración de los derechos personalísimos.

### II.1. Definición de los derechos personalísimos

Sostiene Cifuentes, en definición que comparto, que “los derechos personalísimos son ‘derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical’” (1).

### II.2. Caracteres. La nota de ser vitalicio

Son caracteres de los derechos personalísimos: ser innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inherentes, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos y privados. También son de objeto interior e independientes (2).

De ellos cabe destacar el carácter de vitalicio.

Al respecto, este autor sostiene: “Consecuencia de lo anterior, y por los mismos fundamentos, surge la trayectoria *ad vitam*. No pueden faltar en ningún instante de la vida humana, porque a la par de su reconocimiento jurídico son derechos inescindibles de la persona. Imposible concebirla en algún momento de su respiro sin vida, honor o libertad. De ahí que la acompañen en todo su aliento jurídico, y que también, cuando este carácter no se pueda valorar de ese modo radical y absoluto, habrá que comenzar a interrogarse si el objeto enfocado es un verdadero derecho personalísimo, y se llegará a la negativa, como expondré más adelante” (3).

Como se advierte, el alcance de ser vitalicios no radica en que duran de por vida, sino en que durante la vida existen por el solo hecho de existir.

### II.3. Enumeración

Comparto que “... no contribuye a la taxatividad la circunstancia de que las legislaciones en todas las ramas del derecho las incluyen y necesitan.

---

(1) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 184.

(2) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 161; id., *El derecho a la vida privada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 23 y ss.

(3) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 164.

Es una categoría que se presenta con las dificultades que provienen de su universalidad” (4).

La categoría de los derechos personalísimos avanza con la civilización y el respeto a la persona física como sujeto de derecho y fin último del sistema jurídico. De allí que configure una categoría jurídica en evolución donde los que en algún momento se consideraban meros derechos otorgados por el sistema normativo, luego se vinculan tan estrechamente a la personalidad que se entienden inherentes a la persona, desde el momento mismo de su existencia sin necesidad de ejercicio de actividad alguna, es decir, innatos.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 52 parece limitar la protección a los derechos personalísimos de intimidad, honra, imagen o identidad (5), bien que, como el punto —como quedó referido—, avanza (o retrocede) con la civilización, y la enumeración legal omite referir al más básico de ellos que es el derecho a la vida, cabe interpretar que la enumeración no es taxativa.

### III. El objeto de este ensayo

Entre varios enunciados ha terminado imponiéndose la que designa a este tema como “personalidad pretérita (6)”, es decir, el conjunto de enfoques y análisis que conducen a establecer la supervivencia de algún aspecto extrapatrimonial de la personalidad de la persona fallecida, los legitimados para tutelarlos y las acciones para hacerlo

Desde ya que el principal obstáculo surge de circunstancia que constituye el hecho jurídico del fallecimiento (7).

Pese a ello, y aunque el tema de este ensayo es más amplio, debo destacar que el art. 55 del Código Civil y Comercial de la Nación autoriza expresa-

(4) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 212.

(5) Art. 52: “*Afectaciones a la dignidad*. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

(6) Expresión acuñada por Lacruz Berdejo (LACRUZ BERDEJO, José L. - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús - RIVERO, Francisco - RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho civil*, 6ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado, Dykinson, Madrid, 2010, t. I-2º, ps. 23, 107, cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, en <http://www.revista-aji.com/articulos/2016/num5/201-238.pdf>, p. 204. La obra de GUTIÉRREZ SANTIAGO es señera y de consulta provechosa y necesario en este tema).

(7) Art. 93 del Cód. Civ. y Com.

mente la disposición de los derechos personalísimos pro su titular en tanto no sea contrario a la ley, moral o buenas costumbres (8).

#### IV. La personalidad y la persona

Corresponde deslindar en este punto —y para este punto— los conceptos de “personalidad” y de “persona”.

Como ficción, el sistema jurídico otorga personalidad a las denominadas personas jurídicas, y hasta se pretende ahora que ese beneficio sea común a los animales (9), e incluso al río Whanganui en Nueva Zelanda (10).

También las personas físicas trascienden su patrimonio a través del derecho sucesorio, de modo que bien puede sostenerse que en algún aspecto —el patrimonial— no hay duda sobre la trascendencia *post mortem*, bien que se soslaya afirmando que es la sucesión del patrimonio y no de la persona del causante.

¿Por qué el patrimonio de una persona fallecida merece mayor protección que su memoria?

“El fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales (...) no puede ser, simplemente, la propiedad (...) La libertad de disponer para después de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, sólo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana” (11).

¿Merece más respeto la dignidad animal que la de nuestros antecesores?

“¿Qué sentido tendría la vida, si no fuéramos recordados, y más aún, si nuestra memoria, como vestigio de la dignidad humana no fuera protegida?” (12).

(8) Art. 55: “Disposición de derechos personalísimos. 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”.

(9) V. la crítica a esta concepción en Rogel Vide, Carlos, “Personas, animales y derechos”, Reus, Madrid, 2017.

(10) El río Whanganui es sagrado para los maoríes, <http://www.quo.es/ciencia/el-gobierno-de-nueva-zelanda-declara-persona-legal-a-un-rio>.

(11) GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 209.

(12) Transcribo la frase feliz de COBAS COBIELLA, María E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, *Rev. Boliv. de Derecho*, nro. 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, ps. 112-129, en <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n15/n15a07.pdf>.

El meollo de este ensayo reside, entonces, en analizar si algún aspecto de la personalidad extrapatrimonial — algunos derechos personalísimos— trascienden al fallecimiento de su titular habilitando a legitimados para accionar en su defensa

## V. El respeto a la personalidad pretérita

Expresa Lasarte Álvarez (13) que, aunque “una de las constantes antropológicas de la mayor parte de las civilizaciones conocidas reclama honrar la memoria de los muertos (...) a decir verdad la protección de la personalidad pretérita o la honra de nuestros muertos o difuntos ha sido un tema bastante extraño al Derecho, siendo contemplado básicamente por normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídica” (14).

### V.1. Protección del cadáver

Sin embargo, la protección a la personalidad *post mortem* ha logrado instalarse por vía de protección al cadáver que es, sin duda, ajeno a la patrimonialidad. Así, desde la trascendencia de la sepultura en el derecho romano hasta la protección del cadáver y sepultura a través del derecho penal, tal como sucede en el derecho español (15), coincidente en este aspecto con el de Colombia (art. 297), profanación de persona o restos con fines injuriosos, Perú (art. 318), el que profanare el lugar donde reposa un muerto o públicamente lo ultrajara... el que sustrae un cadáver o parte del mismo, o sus cenizas, México (art. 280), el que oculte destruya o sepulse un cadáver o un feto humano, Francia (arts. 225 a 227), todo daño a la integridad del cadáver, violación o profanación, y Estados Unidos en el cap. 2 de su Cód. Federal “... desentierra disturbe, dañe, disecciona todo o parte, sustrae o trata de manera ofensiva un cadáver humano, vandaliza,

---

(13) V. Cod. Penal español, art. 526: “(e)l que faltando el respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas profane un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias panteones, lápidas o nichos”. V. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, “El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos”, en ROMEO CASABONA, C. (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, ps. 156 a 165, cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 211.

(14) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil I*, p. 153, cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 210.

(15) GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 204.

daña o trata de manera ofensiva el espacio en el que el cadáver ha sido enterrado” (16).

Es que no se trata de una mera regulación legal sino de una constante antropológica (17).

Párrafo aparte merece, por su destacado causalismo, el Código Civil de Quebec que dedica un capítulo íntegro al tratamiento del cadáver (18).

(16) V. NEGRETE, Claudio R., “Proteger también a los muertos”, <https://www.lanacion.com.ar/2128332-protger-tambien-a-los-muertos>.

(17) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, Trivium, Madrid, 1995, t. I. p. 205.

(18) “Capítulo Cuarto. Del respeto al cuerpo luego de la muerte (...).

Art. 42. El mayor de edad puede decidir acerca de su funeral y del modo de disposición de su cuerpo; el menor también puede hacerlo con el consentimiento escrito del titular de la autoridad parental o de su tutor. A falta de voluntad expresa del difunto, se tendrá en cuenta la voluntad de los herederos o de los sucesores. En uno u otro caso, éstos están obligados a *actuar* y los gastos están a cargo de la sucesión”.

“Art. 43. El mayor de edad o el menor de catorce años cumplidos, pueden dar su cuerpo o autorizar la ablación de órganos o tejidos con fines médicos o científicos. El menor que tiene menos de catorce años también puede hacerlo, con el consentimiento del titular de la autoridad parental o de su tutor.

Esta voluntad debe ser expresada verbalmente ante dos testigos o por escrito y puede ser revocada de la misma manera. Deben otorgarse efectos a la voluntad expresada salvo motivos apremiantes”.

“Art. 44. A falta de voluntad conocida o presumida del difunto, la ablación puede ser efectuada con el consentimiento de la persona que pueda o hubiera podido autorizar los cuidados.

“Este consentimiento no es necesario si dos médicos certifican por escrito la imposibilidad de obtenerlo a tiempo, la urgencia de la intervención y la seria expectativa de salvar una vida humana o de mejorar sensiblemente su calidad”.

“Art. 45. la extracción no puede ser efectuada sin que la muerte del donante haya sido constatada por dos médicos que no participen en la extracción ni en el trasplante”.

“Art. 46. la autopsia puede ser efectuada en los casos previstos por la ley o si el difunto lo hubiera autorizado con anterioridad; también puede ser efectuada con el consentimiento de la persona que pueda o hubiera podido autorizar los cuidados. El que solicita la autopsia o que la ha autorizado tiene derecho a recibir una copia del informe”.

“Art. 47. Si las circunstancias lo justifican, el tribunal puede ordenar la autopsia del difunto a pedido de un médico o de un interesado; en este último caso puede limitar parcialmente la divulgación del informe de autopsia”.

“En los casos previstos por la ley, el *coroner* también puede ordenar la autopsia del difunto”.

“Art. 48. Nadie puede embalsamar, inhumar o cremar un cuerpo sin previo certificado de defunción y sin que hayan transcurrido seis horas de constatado el hecho”.

“Art. 49. De acuerdo con las prescripciones legales, está permitido exhumar un cuerpo si un tribunal lo ordena, si cambia el destino del lugar en el que está inhumado si se trata de inhumarlo en otro lugar o de reparar la sepultura.

“La exhumación también está permitida si es ordenada por un *coroner* de conformidad con las disposiciones legales”.

Código Civil de Quebec. Texto en español, francés e inglés. Montreal. Wilson & Lafleur Ltée, 2008.

En la República, el Código Penal carece de una norma específica que resguarde el cadáver o sus partes en forma autónoma al daño a la propiedad, aunque hoy se abre una puerta en el Anteproyecto de Código Penal (19).

En realidad —aunque no fuese por vía penal—, en nuestra República habría que reforzar la protección del cadáver, máxime con los antecedentes de lo sucedido al de Juan Galo de Lavalle que debió emprender su famoso éxodo para evitar ser ultrajado, a las piezas dentales de Manuel Belgrano que hubo que devolver a su sepultura, y más recientemente la historia conocida del matrimonio Perón, y cada tanto el ultraje a cementerios judíos.

Y en el ámbito civil, qué es respetar las disposiciones del causante sobre sus exequias (20) sino otorgar eficacia a su voluntad *post mortem*, en un tema extrapatrimonial, cumpliendo la voluntad de alguien que ya no existe.

Cabe destacar que la decisión del fallecido prevalece por sobre la de sus herederos.

Es que “debe tenerse en cuenta que la eventual voluntad que en vida manifestara el fallecido va a desplegar su eficacia jurídica *post mortem*, aparte de en relación al destino de su patrimonio a través del fenómeno sucesorio, también en cuanto al futuro destino de su propio cuerpo” (21).

(19) A este respecto el Anteproyecto propone:

Art. 434: “Se impondrá prisión de seis (6) meses a cinco (5) años y seis (6) a sesenta (60) días-multa:

”1°) Al que directa o indirectamente diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos.

”2°) Al que por sí o por persona interpuesta, recibiera o exigiera para sí o para terceros cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, o aceptare una promesa directa o indirecta para sí o para terceros, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos, sean o no propios.

”3°) Al que con propósito de lucro intermediare en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o de cadáveres”.

Art. 435: “Se impondrá prisión de dos (2) a seis (6) años y veinticuatro (24) a setenta y dos (72) días-multa, al que extrajera indebidamente órganos o materiales anatómicos de cadáveres” (<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/08/16/el-nuevo-codigo-penal-completo/>).

(20) Cód. Civ. y Com., art. 61: “*Exequias*. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

(21) GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 205.

### V.2. *Trasplante de órganos*

Otra manifestación que permite vislumbrar una defensa *post mortem* de la personalidad en el ámbito extrapatrimonial surge de la ley 27.447 de trasplantes de órganos (22) en cuanto traslada *post mortem* la voluntad del difunto sobre el destino final de sus órganos.

### V.3. *Fecundación post mortem*

No menor, sino mayor, es la regulación legal del consentimiento para la fecundación *post-mortem* y la inseminación con material reproductor del fallecido.

Este procedimiento, si bien se admite en España (23), Gran Bretaña, Bélgica, Grecia, Israel etc., se prohíbe en otros países como Portugal, Alemania, Francia, Italia (24).

(22) A la que remite el art. 56 del Cód. Civ. y Com. La ley 27.447 dispone al respecto:

Art. 31: "*Requisitos para la donación. Manifestación.* Toda persona capaz, mayor de dieciocho (18) años puede en forma expresa:

"a) Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la donación de los órganos y tejidos de su propio cuerpo.

"b) Restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de donación a determinados órganos y tejidos.

"c) Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de donación a alguno o algunos de los fines previstos en esta ley, implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación.

"Dicha expresión de voluntad debe ser manifestada por escrito, a través de los canales previstos en el artículo 32, pudiendo ser revocada también por escrito en cualquier momento.

"De no encontrarse restringida la voluntad afirmativa de donación o no condicionarse la finalidad de la misma, se entienden comprendidos todos los órganos y tejidos, y ambos fines..."

Art. 33: "*Requisitos para la obtención de órganos y/o tejidos de donante fallecido.* La ablación de órganos y/o tejidos puede realizarse sobre toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos.

"En caso de no encontrarse registrada la voluntad del causante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 31 y 32, el profesional a cargo del proceso de donación debe verificar la misma conforme lo determine la reglamentación."

(23) España, ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 126, del 27/5/2006. Art. 9º: "*Premoriencia del marido.*

"1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

"2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en



En la República, el art 563 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación también preveía la situación, pero fue rechazado en el Congreso ante los señalamientos recibidos (25). Ello no obstante, el tema conserva su interés (26), pues continúan planteos judiciales con enfoques encontrados (27).

No se trata aquí de dilucidar si el procedimiento de fertilización asistida *post mortem* es ajustado a derecho en la República, sino de señalar cómo en los regímenes normativos en los que se admite, se está reconociendo la eficacia de un derecho personalísimo del difunto (28) con posterioridad a su muerte.

---

testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

"Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

"3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad"

(24) RUBAJA, Nieve, "Fertilización *post mortem* en un caso con elementos extranjeros: ¿fraude a la ley?", RDF 2016-VI-185.

(25) V. SAMBRIZZI, Eduardo A., "Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas", DFyP 2012 (diciembre), p. 187, AR/DOC/5569/2012.

(26) V. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación *post mortem*?", DFyP 2015 (octubre), p. 186, AR/DOC/1293/2014.

(27) V. ST La Pampa, sala A, 31/10/2017, "A. C. del V. c. Instituto de Seguridad Social - SEMPRE s/amparo", DFyP 2018 (septiembre), p. 206, con nota de Gabriela ROBLES, AR/JUR/100418/2017; JN1a Instancia Civil Nro. 3, 3/11/2014, "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s amparo", LL Online, AR/JUR/53958/2014, que señaló que la falta de regulación de la fecundación *post mortem* y sus requisitos formales, en el marco legal, constitucional y convencional vigente, no es óbice para que, acreditada la voluntad procreacional del fallecido para después de su muerte mediante un documento firmado a tal efecto, confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida, se confiera la autorización para la realización de un tratamiento de fertilización asistida en la persona de su conviviente; v. también CNCiv., sala B, 3/4/2018, "D., M. H. y otros s/autorización", LL del 29/5/2018, p. 10; LL del 11/7/2018, p. 5, con nota de Jorge N. LAFFERRIERE; RCyS 2018-VIII-96; DFyP 2018 (septiembre), p. 163 con nota de Jorge N. LAFFERRIERE, AR/JUR/12809/2018. En este caso se decidió que la posibilidad de utilizar y transferir gametos masculinos queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana, por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación.

(28) Como con claridad señala el fallo de la CNCiv., sala B, 3/4/2018, "D., M. H. y otros s/ autorización", cit., al destacar que la posibilidad de utilizar y transferir gametos masculinos

#### V.4. Disposiciones sobre la tutela

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art 106 (29) autoriza la designación de tutor por parte de los padres difuntos, lo que permite sostener que a este respecto y en un ámbito extrapatrimonial y muy caro a la personalidad del fallecido porque atañe a su descendencia, se mantiene la eficacia de lo decidido con posterioridad al fallecimiento

#### V.5. Reconocimiento de hijos

Absolutamente extrapatrimonial, aunque produzca efectos en la sucesión del difunto, el reconocimiento de hijos, igual que el supuesto precedente, atañe a la descendencia, y al tener eficacia jurídica *post mortem* es otro supuesto en el que el sistema jurídico otorga eficacia a la voluntad de una persona fallecida (30).

#### V.6. Cargos testamentarios

El causante puede incorporar a su testamento cargos carentes de significado patrimonial.

---

queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana. V. también CNCiv., sala B, 3/4/2018, "D., M. H. y otros s/autorización", cita online: AR/JUR/12809/2018; YUBA, Gabriela, "Fertilización asistida *post mortem*. Sobre los derechos personalísimos y la dignidad", SJA del 1/8/2018, p. 47, JA 2018-III, cita online: AP/DOC/493/2018.

(29) Art. 106: "*Tutor designado por los padres*. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.

"Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente.

"Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundamentalmente más convenientes para el tutelado".

(30) Cód. Civ. y Com., art. 571: "*Formas del reconocimiento*. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

"a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;

"b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;

"c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental".

“Un caso emblemático de cargo es el de la Quinta Presidencial de Olivos, legada en 1918 por Carlos Villate Olaguer al Estado Nacional y aceptada en 1920, que contenía el cargo que el Presidente de la Nación (todos los presidentes) la habiten durante determinado período de tiempo anual” (31).

Esos cargos testamentarios, muchos de contenido extrapatrimonial, trascienden a la vida del causante, y se les reconoce eficacia salvo los supuestos prohibidos por la ley (32).

Con cierta prudencia —por ser controvertible— añadido como supuesto análogo de razonamiento a la cláusula testamentaria de indivisión impuesta por el testador (33), pues si bien se aplica a un bien del sucesorio y por ello sería una disposición de carácter patrimonial, no es menos cierto que lo patrimonial es la transmisión hereditaria y no la limitación que se le añade, máxime que las razones pueden ser muy ajenas a lo pecuniario (v.gr., proteger a un heredero menor de edad).

### V.7. Designación de albacea

Si bien como funcionario de la sucesión competen al albacea funciones de protección del patrimonio relicto, no es menos cierto que entre ellas está verificar que se cumplan los cargos testamentarios que no necesariamente son patrimoniales, de modo que puede sostenerse que mantener al albacea designado por el causante es otra manifestación de respeto a la voluntad de un difunto por otorgar eficacia a su voluntad (34).

---

(31) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. IV, nro. 1646-c, p. 366.

(32) Cód. Civ. y Com., art. 2468: “*Condición y cargo prohibidos*. Las condiciones y cargos constituidos por hechos imposibles, prohibidos por la ley, o contrarios a la moral, son nulos pero no afectan la validez de las disposiciones sujetas a ellos”.

(33) Cód. Civ. y Com., art. 2330: “*Indivisión impuesta por el testador*. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años.

”Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

”a) un bien determinado;

”b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica;

”c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

”En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

”El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

(34) Cód. Civ. y Com., art. 2524: “*Forma de la designación. Capacidad*. El nombramiento del albacea debe ajustarse a las formas testamentarias, aunque no se realice en el testamento cuya ejecución se encomienda.

### V.8. Derechos intelectuales en su aspecto moral

Finalmente, cabe destacar que el art. 5º, ley 11.723 de propiedad intelectual, lleva a 70 años, contados desde el 1 de enero siguiente a la muerte de su autor, la protección de los derechos intelectuales, sin distinguir entre el aspecto patrimonial y el extrapatrimonial.

Al respecto de estos últimos señala Delia Lipszic: “Después de la muerte del autor, el derecho a exigir el reconocimiento de su paternidad intelectual y el respeto a la integridad de la obra *facultades negativas o defensiva* y el derecho a divulgar las obras póstumas son ejercidos por sus herederos durante todo el plazo en que la obra permanece en el dominio privado o bien durante toda la vida de los mismos (por ejemplo, Costa Rica, Italia, etcétera)” (35).

Cabe destacar que derecho moral de autor no es derecho personalísimo (36), entre otros motivos, porque no todas las personas son autores.

Pese a no ser patrimonial (ni personalísimo) trasciende a la vida del autor (37).

Y pese a no serlo tampoco forman parte del haber sucesorio. Señala Pérez Gallardo: “Las facultades de contenido personal o moral no forman parte del acervo hereditario. Los legitimados subsiguientes o derivados, no lo adquieren a título de herencia o de legado, en todo caso se trata de una atribución *ex voluntate* o *ex lege*, que supone eso sí una especial situación que les permite defender la memoria pretérita del autor, vinculado con su obra, es decir la personalidad pretérita, y con ello la posibilidad de dar a conocer o no la obra, cuando el autor en vida nada dispuso al respecto” (38).

”Pueden ser albaceas las personas humanas plenamente capaces al momento en que deben desempeñar el cargo, las personas jurídicas, y los organismos de la administración pública centralizada o descentralizada.

”Cuando se nombra a un funcionario público, la designación se estima ligada a la función, cualquiera que sea la persona que la sirve”.

(35) LIPSZIC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO CERLALC - Zavalía, Buenos Aires, 2007, nro. 5.2.1, p. 262.

(36) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps.193 a 200.

(37) V. MONTÉS PENADÉS, V. L., en BLASCO GASCÓ, F. (coord.), *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 193, cit. por COBAS COBIELLA, María E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, cit., ps. 112-129, en <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n15/n15a07.pdf>, nota 5.

(38) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las obras póstumas. Derecho de familia y de las personas”, DFyP 2014 (julio), p. 214.

### V.9. Rectificación de datos personales

La ley de protección de datos personales (*habeas data*) 25.326 prevé en su art. 14, inc. 1°: “El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes”.

Y en el inciso 4°: “El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes”.

Es decir que se legitima a los sucesores para consultar la base de datos para verificar los de su antecesor. Pero ¿qué se hace si están errados?

Pienso que habiéndose demostrado el error no podría rechazarse el cambio invocando que quienes están legitimados para su consulta no lo están para peticionar su rectificación.

Pero además, viene a colación el fallo de la sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, *in re* “R., E. L. y otros c. Marlboro y otros s/ amparo - hábeas data” (39).

En el caso, la Cámara desestimó el recurso de apelación y declaró improcedente la acción de hábeas data cuya finalidad radicó en que las empresas tabacaleras demandadas se abstengan de publicar sin su permiso la fotografía de un familiar fallecido en las etiquetas de cigarrillos, pues omitieron proceder de acuerdo con la ley 25.326 para verificar la identidad de la fotografía publicada, siendo que debieron haber solicitado la información al organismo de control relativa a la existencia de archivo de información referida al fallecido, peticionar los antecedentes de este incluidos en la base, y recién, en su caso, ante la negativa o imposibilidad, concurrir a la vía judicial para requerir la supresión o modificación de los datos.

En síntesis, se denegó por no haber recorrido y agotado la vía administrativa. No por no ser el titular, sino sus sucesores.

### V.10. Consulta de historia clínica

Más explícita es la conclusión respecto de la consulta de la historia clínica conforme a la ley 26.529, ley sobre derechos del paciente (modificada por

---

(39) CFed. Córdoba, sala A, 17/12/2012, “R., E. L. y otros c. Marlboro y otros s/ amparo - hábeas data”, LL Córdoba 2013 (febrero), p. 61, cita online: AR/JUR/71339/2012.

la ley 26.742), cuyo art. 14 legitima a los sucesores universales a consultar la historia clínica de su antecesor fallecido (40).

### V.11. *Un panorama al respecto*

Sostiene Alonso Pérez que “El heredero no sólo recibe los derechos patrimoniales, sino ciertas manifestaciones de la persona de índole moral, vg. derecho a rectificar hechos inexactos cuya divulgación pueda causarle perjuicio, ejercitable por el heredero del dañado (art. 1º Ley 26 de marzo 1984); o ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación matrimonial (art. 132.2 CC) o no matrimonial (art. 133.2 CC), bien de impugnación de la paternidad por el heredero del marido (art. 136.2 CC), etc.; exigir el reconocimiento de la autoría y el respeto a la integridad de la obra intelectual, o decidir su divulgación (art. 15 RDL 1/1996, de 12 de abril); continuar la acción penal del querellante tras su muerte (art. 276 LECr.), etc.” (41).

Es decir que son varios los supuestos en los que el derecho hace caso omiso del hecho biológico de la defunción para mantener la eficacia de las disposiciones tomadas por el difunto para ser cumplidas *post mortem*. Y no hay óbice ninguno ni respecto de las disposiciones patrimoniales

---

(40) Ley 26.529, art. 14: “*Titularidad*. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia”.

Art. 4º: “*Autorización*. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente.

”En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”.

Art. 6º: “*Obligatoriedad*. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

”En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

”Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. V. también MOLINA QUIROGA, Eduardo, “El derecho a la información de salud y el hábeas data específico en la legislación argentina”, SJA del 29/11/2017, p. 39, JA 2017-IV-1266.

(41) ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>.

regidas por el derecho sucesorio, ni sobre las extrapatrimoniales referidas. Entonces, ¿por qué excluir uno de los aspectos más valiosos para el difunto como su honra, su buen nombre?

## VI. El enfoque clásico. No hay derecho sin sujeto

Como señalé con anterioridad, el principal problema de extender los efectos de la personalidad de los difuntos reside en que la persona física se ha extinguido.

Sin embargo, eso no debería ser óbice frente a las circunstancias ya referidas en las que se otorga personalidad patrimonial a las personas jurídicas y se pretende extender a los animales —al menos a algunos— los caracteres de la personalidad del ser humano (42).

El tema es tan antiguo como echar mano de la obligación pasivamente universal para explicar la ausencia de un sujeto pasivo en la estructura de los derechos reales (43).

Hasta fecha reciente, expresa De Lorenzo, “la relación jurídica tradicional se daba exclusivamente entre personas, pero este enfoque, debido a la necesidad de preservar bienes como el ambiente, la biodiversidad, la naturaleza u otros bienes colectivos obliga al civilista contemporáneo a replantearse la noción misma de relación jurídica, la cual, en cierto modo, ahora puede presentarse no ya exclusivamente entre individuos, sino también —y este es el punto— entre individuos y la naturaleza, entre el individuo y la biodiversidad o entre el individuo y los valores culturales”.

“Pero este panorama se halla en transformación y comienza a abrirse paulatinamente espacio al otorgamiento al heredero de una cierta continuidad con la personalidad del causante. El honor, la intimidad, la imagen o el nombre del difunto, aun con diversos matices, son bienes jurídicos que exigen una tutela *post mortem*”.

“La tendencia de alargar el respiro de la existencia de ciertos derechos personalísimos más allá de la vida se hace cada vez más tangible. La invasión a la memoria de los muertos, como ser las fotografías del cadáver, o sus últimos estertores, la difusión de sus memorias o de su nombre, los

---

(42) Postura disvaliosa que no cabe compartir.

(43) Explicación que, si bien se imputa a Planiol, no era ajena a Vélez Sarsfield, quien demuestra su conocimiento en la nota del art. 2507 del Código histórico bajo la expresión “dominio internacional”.

comentarios denigrantes, satíricos o distorsivos de su identidad, puede suscitar una reacción de tutela en pro de la persona que ya se fue” (44).

### VII. Las normas derogadas. Los contratos extintos

Resumiendo lo expuesto hasta ahora: el aspecto patrimonial de la personalidad trasciende a la muerte del sujeto; la personalidad en su aspecto patrimonial se concede a la persona jurídica; se investiga otorgar igual reconocimiento de sujeto de derecho no solo en el aspecto patrimonial a animales (y ríos); en la actualidad la personalidad del difunto trasciende a su muerte en aspectos tales como, la disposición de su cadáver y sepultura, la donación de órganos, la fertilización asistida (es decir su paternidad), el reconocimiento de hijos, la designación de tutor, de albacea, la imposición de cargas testamentarias extrapatrimoniales, el derecho de rectificación de datos o hábeas data, y la consulta de historia clínica del causante, amén del derecho intelectual en su aspecto moral.

Veamos ahora qué ocurre en otros ámbitos del derecho. Cuán extintos están los derechos extinguidos.

¿Qué ocurre con las leyes derogadas? ¿Qué ocurre con los contratos ya cumplidos?

Y la respuesta es: subsisten. Lo hacen en un aspecto limitado, pero nunca su extinción es total.

Empecemos por las leyes derogadas.

El tercer párrafo del art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación recoge la previsión del derogado art. 3° del Código histórico en cuanto admite la aplicación ultraactiva de la ley derogada a los fines de interpretar el contrato, solución que la buena doctrina propicia extender a todos los actos jurídicos y no solo al contractual (45).

¿Y qué ocurre con los contratos? ¿Se extinguen definitivamente al cumplirse las prestaciones principales? La respuesta es negativa. El período poscontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del

---

(44) DE LORENZO MIGUEL, Federico, “El principio de no dañar al ‘otro’”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo - SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. - FERRANTE, Alfredo, *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2017.

(45) TOBIÁS, José W., “Comentario al art. 7°”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 60 y 61.



contrato (46). Las partes subsisten vinculadas no solo por las garantías de los actos onerosos —el saneamiento por evicción y por vicios ocultos— sino que, así como la ley puede ser ultraactiva, también lo es el contrato al aplicar a quienes fueron partes reglas de conducta basadas en la ultraactividad del contrato (47) al que las partes estaban vinculados como a la ley misma.

La regla que surge de la norma general, la ley, se traslada en alguna medida a la norma particular, el contrato

Es lo que ocurre, v.gr., con el deber de no concurrencia en la transferencia de fondos de comercio a la luz hoy de lo previsto en el art. 961 del Código Civil y Comercial de la Nación. También será poscontractual la responsabilidad de un ingeniero que “durante el desarrollo de una actividad laboral —no importa bajo qué figura contractual ni si reviste o no relación de dependencia— tomó conocimiento por su empleador de un proceso industrial y luego de concluida su relación contractual —tampoco importa la causa— pone ese conocimiento al servicio de un competidor, debe ser condenado a responder por daños (48).

Concluyo entonces que tampoco las leyes derogadas dejan de aplicarse totalmente, ni lo hacen los contratos satisfechos y concluidos.

### VIII. La ley española LO 1/1982

Modificada la Constitución española en 1978, debió reglamentarse su artículo 18 que dispone: “Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor,

---

(46) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. V, nro. 1348, ps.713 y ss., con cita de MAZEAUD - TUNC, *Responsabilidad civil*, t. I, vol. I, p. 170, nro. 122; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 515.

(47) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, § 87, nro. 716, ps. 353 y ss., y sobre el deber de no concurrencia. nro. 717; SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. V, nro. 1348, ps. 713 y ss., con cita de MAZEAUD - TUNC, *Responsabilidad civil*, t. I, vol. I, p. 170, nro. 122; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, cit., p. 515. También LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual (Un caso de ultraactividad de la ley)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2016, nro. 4; “La responsabilidad postcontractual, un caso de ultraactividad del contrato”, en *Libro en Homenaje a Luis Moisset de Españés*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Editorial IJ, Buenos Aires, 2018; “La responsabilidad postcontractual”, LL 2002-D-1336, 1342; “La responsabilidad postcontractual en el Código Civil y Comercial y la ultraactividad del contrato”, en *Responsabilidades especiales. Libro de homenaje a Oscar Ameal*, Erreius, Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-3953-58-3.

(48) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. V, nro. 1348, ps.713 y ss., con cita de MAZEAUD - TUNC, *Responsabilidad civil*, cit., t. I, vol. I, p. 170, nro. 122.

a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La expresión de motivos de la ley orgánica 1/1982 (49) demuestra que la España civilizadora afortunadamente para todos nosotros no ha cesado en su afán humanista (50).

### *VIII.1. La expresión de motivos de la LO 1/1982*

Transcribo a continuación algunos de sus párrafos que por explícitos me relevan de mayor tratamiento. Expresan: “En los artículos cuarto al sexto de la ley se contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización”.

La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos séptimo y octavo de la ley. El primero de ellos recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos

---

(49) Puede leerse en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

(50) Sobre la expresión de motivos de la LO 1/1982, v. DE VERDA Y BEAMONTE, José R., “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Rev. Boliv. de Derecho*, nro. 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 54-111, en <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427551159002.pdf>.

de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo octavo de la ley.

Por último, la ley fija, en su artículo noveno, de acuerdo con lo prevenido en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución, el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas, así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que estos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no solo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos.

### *VIII.2. El texto de la LO 1/1982 en lo pertinente para este ensayo*

En su texto la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (51), en lo conducente para este ensayo dispone:

(51) Texto de la ley 1/1982: Capítulo I. *Disposiciones generales*

Art. primero: "1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

"2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9.º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

"3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

"Se modifica el apartado 2 por la disposición final 4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre'.

Art. segundo: "Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

"Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.

“Artículo cuarto. Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidación o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

---

*“La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.*

”Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

”Se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso destacado del apartado 2 por Sentencia del TC 9/1990 de 18 de enero.

”Se modifica el apartado 2 por el art. único de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo”.

Art. tercero: “Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

”Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

Art. cuarto: “Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidación o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

”Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

”Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

”Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores.

”Se añade el apartado 4 por la disposición final 2.1 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”.

Art. quinto: “Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

”Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento”.

Art. sexto: “Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

”Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

## Capítulo II

### *De la protección civil del honor, de la intimidación y de la propia imagen*

Art. séptimo: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

"Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

"1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

"2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

"3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

"4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

"5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

"6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

"7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

"8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

"Se añade el apartado 8 por la disposición final 2.2 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

"Se modifica el apartado 7 por la disposición final 4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre".

Art. octavo: "Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

"Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

"a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

"b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

"c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

"Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza".

Art. noveno: "Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

"Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

"Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

"Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores".

---

"a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

"b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

"c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

"d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

"Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

"Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

"Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

"En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

"Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

"Se modifica por la disposición final 2.3 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio".

"Disposición Derogatoria

"Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en la presente Ley Orgánica".

### VIII.3. Una síntesis de las disposiciones pertinentes

Sin perjuicio de remitir al texto llano de la ley, apporto, en lo pertinente, la siguiente síntesis de su contenido:

La ley prescribe que tres derechos personalísimos subsisten *post mortem*, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen.

Es indiferente si la persona fallecida interpuso en vida las acciones en protección de los derechos referidos y muere sin sentencia, o si al agravio se efectúa luego de su fallecimiento.

Se legitima a la persona física o jurídica designada por el fallecido, en su defecto al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos existentes a la fecha de la ofensa.

Si no existen los legitimados precedentes, se habilita al Ministerio Fiscal, que actúa de oficio o a instancia de persona interesada.

Si los legitimados son varios, cualquiera está legitimado para accionar (52).

Las acciones son: 1) el cese inmediato de la ofensa y la reposición del estado anterior con publicación de la sentencia; 2) la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores; 3) la indemnización de los daños y perjuicios incluido daño moral; 4) la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

La protección *post mortem* dura 80 años desde el fallecimiento del ofendido y caduca a los 4 años a contar desde la ofensa.

## IX. Algunas aplicaciones jurisprudenciales de la LO 1/1982

Cito las expuestas en el elogiado trabajo de Pilar Gutiérrez Santiago (53).

Demanda interpuesta por padres de una hija tildada falsamente de drogadicta (STS, sala 1ª, 24 de junio de 1994 [RJ 1994, 5326]).

Demanda interpuesta por la hija de la difunta cantante de zarzuela conocida como "La Chulapona" (STS, sala 1ª, 21 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9775]).

---

(52) Artículo quinto, uno, de la LO 1/1982.

(53) GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, "La llamada 'personalidad pretérita': datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen", cit., ps. 217 y ss.

Demanda interpuesta por un hijo sobre la publicación de una imagen satírica de su padre (SAP Madrid, 4 de febrero de 1998 [AC 1998, 4962]).

Demanda interpuesta por los hijos del fallecido ministro de Asuntos Exteriores Alberto Martín Artajo por un reportaje difamatorio en la revista *Interviú* (SAT Madrid, 23 de julio de 1985).

Demanda interpuesta por la hija del fallecido por la utilización en publicidad comercial de la imagen de su padre (SAP Guipúzcoa, 27 de julio de 2004 [JUR 2004, 293409]).

Demanda interpuesta por la cónyuge por el uso morboso y retirado de las últimas imágenes de su esposo en un accidente de tránsito (STS, sala 1ª, 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3593)).

Finalmente, cabe traer a colación el caso de “El ángel azul”, Marlene Dietrich. La hija de Marlene Dietrich, Maria Riva, demandó a la compañía Toshiba ante el Tribunal Constitucional alemán por el uso publicitario indebido de la imagen de su madre en la película “El ángel azul”.

En la sentencia del 1 diciembre de 1999, tras 13 años de litigio el TC confirmó la sentencia que hizo lugar a la demanda admitiendo que los derechos personalísimos pueden amparar intereses patrimoniales y que tales derechos personalísimos no se extinguen con la muerte sino que se transmiten *mortis causae* (54).

En el mismo sentido cabe destacar el fallo del TC español en las sentencias, 231/1988 de 2 de diciembre, a propósito del torero “Paquirri”, cuyos últimos minutos se grabaron y comercializaron en violación a sus derechos personalísimos a la intimidad y a su imagen (55).

---

(54) V. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 220, quien cita a GARCÍA RUBIO, María Paz, “La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría & Derecho*, nro. 14/2013, ps. 105-106; v. en especial el pormenorizado e interesante comentario a la citada sentencia de 1999 del BGH que realiza PALAZÓN GARRIDO, María L., “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen: consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999, caso ‘Marlene Dietrich’”, *Actualidad Civil*, nro. 2, 2003, ps. 495-518. También puede verse <https://www.20minutos.es/noticia/157161/0/dietrich/toshiba/manipulacion/#xtor=AD-15&xts=467263>.

(55) V. ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.



## X. La personalidad pretérita no se aplica a todos los derechos personalísimos

Algunos derechos, sin duda, se extinguen con la persona: el derecho personalísimo a la vida, el derecho a la libertad etc. El propio *nasciturus* carece de este último.

Por eso no extraña que la LO 1/1982 no ampara todos los aspectos de la personalidad pretérita. Solo al derecho al honor, a la imagen y a la intimidad.

### X.1. La protección al honor

Sintéticamente, lo amparado es el derecho al honor, salvo supuestos en los que se hallen en juego aspectos patrimoniales tal como en el caso de Marlene Dietrich.

Sobre el derecho al honor destaca Rogel Vide: “Este derecho de la personalidad está integrado por dos aspectos: el de la inmanencia o mismidad (estimación que cada persona hace de sí misma) y el de la trascendencia o exterioridad (reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad) —sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987, 22 de octubre de 1987 y 30 de marzo de 1988—.

”El ataque y, en su caso, lesión al honor, se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad, e incluso de la familia, como en el externo del ambiente social y, por ende, profesional en el que cada persona se desenvuelve —sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987—” (56).

De modo que el honor atañe a la inmanencia y la honra a la trascendencia (57).

---

(56) ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de derecho civil. Persona y familia*, Reus, Madrid, 2008, p. 36.

(57) TOBIÁS, José, “Comentario al art. 52”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., “... el honor comprendería dos aspectos: la honra o estimación propia (el honor subjetivo) y la fama, reputación o estimación ajena (el honor objetivo).

El mismo autor también lo expresa en los siguientes términos: “Con el primer aspecto se alude al sentimiento o conciencia que cada persona tiene de su propia dignidad, es decir, se vincula a la estima que la persona tiene de sí misma; con el segundo, se atiende a la valoración o los sentimientos que de la persona tienen los ‘otros’ en el ámbito de la comunidad; por lo tanto, trascienden el plano de la subjetividad personal; este ‘honor objetivo’ es variable y convencional y cambia según las costumbres de cada época y lugar” (TOBIÁS,

Desde luego, todos los derechos —incluso los personalísimos— deben poder ser referibles a la Constitución, de suerte que casi siempre hay tensión, v.gr., el derecho a la intimidad o el de la imagen y el de publicar las ideas sin censura previa (58).

Pero esa tensión o conflicto concurre también en vida del ofendido, no es una característica de la defensa *post mortem* de la personalidad pretérita. Siempre que alguien se refiere a otro en forma pública hay un roce —al menos— entre el derecho a expresar o publicar sus ideas y el derecho a la intimidad y al honor de la persona referida.

Por eso la jurisprudencia española (59) ha destacado pautas perfectamente aplicables a nuestro sistema. Por ejemplo: a) El derecho a la libertad de expresión solo es protegible cuando se produce sin deteriorar la dignidad ajena. b) No en el caso de que, yendo más allá de lo que es, o puede ser, crítica razonable y hasta rigurosa, se descienda al terreno del ataque personal, haciendo estimaciones personales y de comportamiento innecesarias a los fines de la información. c) No si exhiben menosprecio y ataque directo a la persona, susceptible de destruir uno de los más nobles componentes del individuo: su propia estimación y la que merece a los demás.

En la República hubo oportunidad de acercarse al tema en el fallo recaído en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “M. de H., J. y otro c. M., F. y otros s/amparo” (60). Allí se petitionó la supresión de toda referencia en una película, en forma oral o escrita, a la familia de un ministro de Economía ya fallecido para proteger la honra, la reputación y la intimidad de las personas y de su familia. La conclusión la describe Ibarlucía al expresar: “La Cámara destaca las posturas contrapuestas sobre el particular. Por un lado, la doctrina que considera que la memoria que los vivos tienen de un pariente muerto constituye un interés jurídicamente protegible toda vez que el patrimonio moral de una persona es constituido también por la

---

José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, nro. 13.1).

(58) V. Díez-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1992, t. I, p. 365. También DE VERDA Y BEAMONTE, José R., “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?”, en *Derecho Privado y Constitución*, nro. 29, enero-diciembre de 2015, ps. 389, 414 y ss., <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.10>.

(59) V. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de derecho civil. Persona y familia*, cit., ps. 52 a 54.

(60) CNCiv., sala M, 3/5/2016, “M. de H., J. y otro c. M., F. y otros s/amparo”, cita online: AR/JUR/19580/2016.

dignidad de los ascendientes. Por otro lado, la que partiendo de que ello dificulta la investigación histórica, propugna que debe brindarse la mayor libertad posible, postura que ha prevalecido en el derecho comparado.

”El tribunal, sobre la base de la amplitud de la legitimación que se ha reconocido a la acción de amparo y a que, su juicio, tanto el art. 12 de la DUDH como el art. 11 de la CADH protegen también a la familia de toda injerencia arbitraria, se inclina por la respuesta positiva sobre la base de que lo contrario implicaría limitar el acceso a la jurisdicción. No obstante, en relación con el fondo del asunto, sin pronunciarse acerca de la existencia o no de daño producido a los reclamantes, termina por rechazar la demanda en aras de la tesis de que no debe judicializarse la verdad histórica” (61).

Es decir que no se observó la legitimación de los sucesores.

### *X.2. La protección a la imagen*

Por su parte, el derecho a la imagen —y el nombre— en alguna medida sintetiza a la personalidad del difunto (62). Al respecto del nombre, se ha sostenido “que mencionar un nombre es traer a la persona en toda su dimensión o trascendencia ética y jurídica, porque en definitiva nombre y sujeto son inescindibles” (63).

En el Código Civil y Comercial de la Nación el derecho a la imagen y a la voz está referido en el art. 53 (64).

---

(61) IBARLUCÍA, Emilio A., “El honor de la familia y la verdad histórica”, LL del 21/9/2016, p. 5, DFyP 2016 (octubre), p. 259, cita online: AR/DOC/2827/2016.

(62) Recuérdese que en Roma la sepultura estaba donde yacía la cabeza, porque a través de ella se reconocía una persona por los rasgos de su cara.

(63) DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “El nombre civil en el derecho venezolano”, DFyP 2012 (octubre), p. 226, cita online: AR/DOC/2227/2012.

(64) Art. 53: “*Derecho a la imagen*. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

”a) que la persona participe en actos públicos;

”b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

”c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

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

Al respecto, cabe destacar que ya en el derecho civil boliviano, en oportunidad de decidir sobre la aplicación del art 160 (65), el Tribunal Constitucional boliviano en la STCB 0085/2007-R del 26 de febrero, ratificada por la STCB 140/2007 del 14 de marzo, se asigna eficacia *post mortem* al derecho a la imagen en el recurso de amparo.

Dice así: “En definitiva, la titularidad de los derechos fundamentales y las garantías en el caso de las personas naturales, se extingue en principio con la muerte de la persona y, de acuerdo con ello, una vez que ha muerto el titular del derecho lesionado, desaparece el objeto del recurso de amparo, reconociendo sin embargo la doctrina una excepción a esa regla, como son el derecho a la dignidad y a la imagen, a los que se le asigna eficacia *post mortem*; a cuyos supuestos se le asigna a los familiares legitimación para acudir al amparo en procura del reconocimiento del derecho violado” (66).

En el derecho al honor concluyen la intimidad y la imagen. Los agravios a la intimidad y a la imagen, en determinado contexto, afectan el honor de la personalidad pretérita. No lo hace la publicación de una mera foto de archivo, ni la referencia al deporte que practicaba el difunto.

Sin embargo, el tema no es pacífico, pues depende de las circunstancias que lo rodean. Por eso se ha destacado: “... la tendencia a englobar el derecho a la propia imagen dentro del derecho al honor ha mostrado un evidente retroceso, cada vez más palpable. Un elemental principio de sociabilidad impone que las personas tienen derecho a conocer y a opinar sobre la conducta de otras personas y que, por tanto, no se les puede negar el ver, conocer y plasmar, en forma duradera, su fisonomía.

”Naturalmente, esta opinión, generalizada en épocas ya pasadas, tiene sus matizaciones. Si la difusión de la imagen de una persona resulta nociva o perjudicial para su honor, entonces se produce una ofensa a la estimación y reputación de la persona fotografiada. En este punto, estimo que hay que tener en consideración la sensibilidad de cada persona, su psicología, su modo de pensar, así como los diversos conceptos de honor que, entre diversas personas, pueden darse, de suerte que lo que, para muchos, no

---

(65) Art. 160: “*Derecho a la imagen*. I. Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.

”II. Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

(66) PARADA VACA, Orlando, “El derecho a la propia imagen el ordenamiento jurídico boliviano”, en *Iuris Tantum*, Revista Boliviana de Derecho, nro.15, Santa Cruz de la Sierra, enero de 2013, en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572013000100003](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100003).

es ofensivo, para otras personas, con más sensibilidad, puede ser hiriente o perjudicial” (67).

Así como se vincula el derecho al honor con el derecho a la propia imagen y a la protección de la intimidad, el derecho a la imagen también se ha considerado un aspecto del derecho a la intimidad en forma autónoma, porque por medio suyo se viola más frecuentemente la vida privada (68).

### *X.3. La protección a la intimidad*

En cuanto al derecho a la intimidad, que Cifuentes utiliza como sinónimo de vida privada (69), en el Código Civil y Comercial de la Nación argentino está tutelado en los arts. 52 (70) y 1770 (71).

Este autor refiere la definición de Rivera: “El derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública, no perjudique a otras personas” (72). *Y luego sostiene la propia: “Es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”* (73).

*Es claro que las personas jurídicas carecen de vida, como derecho personalísimo, pero no lo es tanto que carezcan de intimidad.*

---

(67) ROMERO COLOMA, Aurelia M., *La intimidad privada, problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2008, p. 33.

(68) Díez-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, cit., t. I, p. 356.

(69) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 161; íd., *El derecho a la vida privada*, cit., p. 20.

(70) Art. 52: “*Afectaciones a la dignidad*. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

(71) Art. 1770: “*Protección de la vida privada*. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

(72) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 161; íd., *El derecho a la vida privada*, cit., p. 18.

(73) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., p. 161; íd., *El derecho a la vida privada*, cit., p. 19.

*Aunque prefiero reservar los derechos personalísimos para la titularidad exclusiva de personas físicas (no personas jurídicas ni animales), no cabe ignorar que se ha sostenido que las personas jurídicas tienen honor que como tal es defendible (74).*

*Díez Picazo en el ámbito de la LO 1/1982 sostiene como posible la aplicación a las personas jurídicas, aunque termina recordando el rechazo resuelto por el Tribunal Supremo de España (75).*

*En todo caso, la solución no es la misma para todas las personas jurídicas (76).*

## **XI. La personalidad pretérita y la legitimación para tutelarla**

Queda comprendida en la LO tanto el supuesto que el lesionado en su derecho fallezca sin haber interpuesto la acción, como cuando logra incoarla

---

(74) Conf. DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, cit., t. I, p. 366, con cita del TS español, sala I, 31 marzo 1939 y 4 de junio de 1962.

(75) Cabe preguntarse si ello excluye su aplicación a situaciones parangonables en la persona jurídica. Es evidente que, por la misma naturaleza de este tipo de personas, huelga hablar en ellas de una intimidad familiar y de imagen, pero no hay duda de que tienen interés legítimo en mantener reservados datos correspondientes a sus actividades, socios, correspondencia, etc. Por otra parte, no hay que olvidar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sala 1.a) había ya contemplado, y resuelto afirmativamente, el problema de las ofensas al honor de la persona jurídica (ss. del 31 de marzo de 1939 y 4 de junio de 1962, entre otras).

Si ello es así, no debe existir ningún inconveniente en la aplicación de la ley del 5 de mayo de 1982 a las personas jurídicas en lo que sea compatible con su naturaleza. Sin embargo, la postura del Tribunal Constitucional (s. del 8 de junio de 1988, entre otras), al igual que la del Tribunal Supremo (cfr. s. del 9 de febrero de 1989), es contraria.

(76) Sostiene Cifuentes: "En principio, los derechos personalísimos no corresponden a los entes ideales, sino a las personas naturales. Sin embargo, desde el punto de vista de la fama -u honor objetivo-, es admisible extenderla a esos entes. No es lo mismo una persona ideal desquiciada en su actuación societaria, que un pundonoroso ente bien dirigido y apuntalado por sus órganos, con estima popular reconocida, puntualidad en el cumplimiento, ponderación por seriedad, actuación beneficiosa y ética, etcétera. Luego, de los modos de manifestarse el honor, el de la fama pertenece también a las personas jurídicas. Sin embargo, como no tienen subjetividad encarnada, sólo es posible atacar el prestigio y posición en el mundo que se ha ganado en las operaciones sociales y los negocios, sea con conductas, imputación de actuaciones dañosas, incumplidoras y falsas, o denuncia de quebrantos financieros inexistentes. Esto importa aceptar que esos actos ofensivos, pueden conferirles el reconocimiento de una acción de responsabilidad por el daño que, en términos generales, es patrimonial... Sin embargo, tampoco es dable dar soluciones absolutas. Hay personas de existencia ideal que disfrutan, como se ha visto, de la fama. Si ellas a la vez no tienen fin patrimonial, sino altruista, como las asociaciones y fundaciones, podrían ver afectado el buen nombre desde un punto de vista no físico, en el sentido de la sensibilidad para sentirlo, pero sí con naturaleza extrapatrimonial. Hay que descartar a las sociedades comerciales y civiles que tienen fin de lucro, puesto que, acorde con el principio de su especialidad..., fueron creadas para obtener ganancias y, por consiguiente, carecen de bienes extrapatrimoniales" (CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, cit., ps. 524 y 525).

antes de fallecer (77). Sin embargo, en mi opinión el tema propuesto en la LO no se refiere al agravio inferido en vida del ofendido y continuando luego por sus parientes, sino del agravio causado luego de su fallecimiento (78).

Como referencia, la LO 1/1982 prevé, en primer término, el sujeto designado por el causante agraviado. Este sujeto puede ser persona física o jurídica (v.gr., una fundación).

La existencia de un sujeto designado por el difunto relega a todos los demás legitimados.

El defensor de la memoria es una especie de albacea o, en definitiva, el mismo albacea al que se le amplían las facultades legales (79).

En segundo lugar, se legitima a los parientes previstos en la LO, sean o no herederos. No hay entre ellos orden de prelación (80), ni veto, ni mayorías. Es decir que la acción puede ejercerse, aunque una mayoría se oponga o que el más cercano en línea sucesoria lo rechace.

Pero deben haber existido al momento del fallecimiento (art 4.2, LO), lo cual parece limitar generacionalmente la defensa.

Digo que parece, porque la tercera instancia de legitimados la conforma el Ministerio Público Fiscal que actúa de oficio o a instancia de parte interesada. Adviértase que tal parte interesada bien puede ser el pariente que no entró en el grado o en la generación prevista para el segundo caso de legitimados.

La situación referida a la legitimación activa, en realidad, es análoga a la que acontece en variadas circunstancias, v.gr., en caso de acción de in-

---

(77) Conf. DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, cit., t. I, p. 362.

(78) Como sostiene atinadamente GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, "La llamada 'personalidad pretérita': datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen", cit., p. 215.

Cabe destacar que la LO 1/1982 prescribe en su artículo sexto: "Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

"Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere".

(79) ALONSO PÉREZ, Mariano, "Daños causados a la memoria del difunto y su reparación", cit.

(80) V. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, "La llamada 'personalidad pretérita': datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen", cit., p. 218.

capacidad (art. 33, inc. d], del Código Civil y Comercial de la Nación), en supuestos de maltrato animal, etc. El Ministerio Fiscal es la voz de la que no tienen voz.

En definitiva, el legitimado es cualquier sujeto con interés legítimo.

La expresión “en defecto”, que utiliza la LO, puede abarcar a quienes renuncien a incoar la acción, sea en forma expresa, sea en forma tácita mediante su inactividad; o sean ausentes simples (81).

## **XII. Duración de la tutela a la personalidad pretérita**

Nada es eterno.

Tampoco la defensa de la personalidad pretérita.

La protección prevista en la LO, limitada a 80 años, guarda analogía con la tutela de los derechos de autor en su aspecto moral que la ley argentina restringe a 70 años.

Es lo suficiente para vincular tres generaciones.

## **XIII. Acciones posibles**

Las acciones previstas en la LO y que se propician en estas líneas no se reducen a la reparación patrimonial.

Están enumeradas en el artículo 9º, sintéticamente son: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Se ha sostenido que “tratándose de la *memoria defuncti*, los daños causados sólo pueden ser de esta última clase. No puede haber perjuicios físicos,

---

(81) Conf. ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.



económicos o estrictamente corporales. A la memoria sólo se le puede ofender mediante conductas de índole inmaterial: calumnias, injurias, difamación, etc. De ahí que la acción indemnizatoria únicamente trata de resarcir un daño moral” (82).

En caso de pluralidad de causahabientes, la indemnización se distribuye en la proporción que marque la sentencia (LO, 9.4).

Fuera de todo marco legislativo, es cierto que los daños serán casi siempre de orden moral, pero también es posible imaginar que a raíz del descrédito a la memoria del fallecido concurra una consecuencia material disvaliosa para sus herederos o quienes edifican su situación patrimonial a partir de la honestidad del difunto. Claro que en tal caso bien podría sostenerse que el perjuicio es propio del damnificado y no de la personalidad pretérita.

Los remedios guardan analogía con la previsión de los arts. 1740 (83), más específicamente el 1770 (84), del Código Civil y Comercial de la Nación, cesar en el daño, indemnizar y publicación de la sentencia, y con el art. 52, prevención y reparación de los daños sufridos.

Con practicidad la LO, en su art 9°.3 establece: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

Sin embargo, es cierto que la acción más apropiada es la rectificación pública pues, “ofendida la memoria, su reparación se logra, sobre todo, mediante el cese inmediato de las intromisiones ilegítimas, evitando que se produzcan ulteriormente, derecho de réplica, publicación total o parcial de la sentencia, etc.” (85).

---

(82) ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.

(83) Cód. Civ. y Com., art. 1740: “*Reparación plena*. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

(84) Art. 1770: “*Protección de la vida privada*. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

(85) ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.

En cambio, en opinión del mismo autor, “la acción indemnizatoria, que ya no beneficia a la víctima, sólo debe servir para cubrir los gastos precisos del proceso o de los demandantes como consecuencia del mismo, y los imprescindibles para reparar la memoria ofendida” (86).

#### **XIV. Una conclusión para considerar**

Expresa Alonso Pérez: “el hombre nunca muere del todo. Perdura en el recuerdo, en sus obras, en los sentimientos de parientes, amigos e instituciones. Hay una continuidad histórica, afectiva y espiritual de unos hombres con otros. Vivos y muertos se enlazan en una cadena ininterrumpida” (87).

“Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el Derecho” (88).

El afán de trascendencia es inmanente al ser humano.

Desde la biología reproductiva en adelante, todos buscamos dejar una huella, en nuestros sucesores o en la sociedad.

Desde el arte cavernario hasta estas líneas.

Acumulamos afectos, conocimientos y riquezas e intentamos transmitirlos. Educamos en beneficio de los que nos siguen y no por placer propio. Antropológicamente nuestros monumentos funerarios son para que nos recuerden. Emprendemos tareas cuyos resultados no veremos, pero lo hacemos para bien de los que nos sigan. Transmitimos nuestro apellido y a veces nuestro nombre.

Casi todo lo que llamamos civilización se vincula a ello.

Si todos recordamos y homenajeamos a nuestros mayores de al menos tres generaciones, el derecho no lo hace.

El derecho, nuestro derecho, regula meticulosamente la trascendencia de los bienes materiales, de generación en generación. De eso se trata el derecho sucesorio.

---

(86) ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.

(87) ídem.

(88) YZQUIERDO TOLSADA, M., en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil* (coordinado por L. F. Reglero Campos), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1158, cit. por COBAS COBIELLA, María E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, cit., ps. 112-129, en <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n15/n15a07.pdf>, nota 5.

¿Por qué la ciencia del derecho, cuyo fin debe ser funcional a satisfacer las necesidades de la humanidad, admite supuestos de transcendencia de la personalidad pretérita solo a modo de excepción y no como regla?

“Si bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por ende, la extinción de los derechos de la personalidad del fallecido, ello no empece que en determinados supuestos, y más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida” (89).

En los casos reseñados, “los herederos o parientes reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero, aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor —sobre todo— de la buena memoria del difunto, por ciertas personas como gestores de esa buena memoria: no como derechos propios” (90).

### **XV. *L'esprit des escaliers* (una segunda oportunidad)**

Hace décadas mi hijo Lucas P. —cuando tenía cuatro años—, vestido con pintorcito de jardín de infantes, me preguntó desde el huevito en el que iba sentado en el asiento trasero. “Papá, ¿yo antes de nacer estaba muerto?”

Confieso que no estaba preparado para responder eso.

Entendí que la analogía tenía un sustento lógico, pues antes de la concepción y después de la muerte, no hay vida.

Le contesté conforme a mis creencias religiosas, pero sospecho que no fue suficiente.

Los franceses llaman *l'esprit des escaliers* al supuesto espíritu que cuando vamos bajando las escaleras luego de no haber dicho, o no haber contestado, o no haber argumentado algo, nos susurra: “tendrías que haber dicho eso”, “podrías haberle contestado aquello”.

(89) GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, cit., p. 210.

(90) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, *Elementos de derecho civil, I. Parte general. II. Personas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 31, cit. por ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, cit.

Es el razonamiento tardío, la defensa omitida, el argumento no expuesto oportunamente, por falta de aplomo, por habernos tomado de sorpresa, por olvido o por algún otro motivo.

*L'esprit des escaliers* susurra los argumentos a esgrimir si hubiese una segunda oportunidad.

Pero yo sé que no voy a tener una segunda oportunidad.

Lucas P. ya es un joven doctor y sus asuntos son más terrenales.

Pero, si en otra generación tuviese una segunda oportunidad, siguiendo el consejo de *l'esprit des escaliers* contestaría: "no querido, no es lo mismo estar muerto que no haber vivido". ♦





SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE FEBRERO DE 2019  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. — BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA — PROVINCIA DE BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA

